

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – *CAMPUS* DE CACOAL
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

**DA ILEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME
ABERTO DOMICILIAR FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO
ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

ILDERLAN LARA DE MELO

CACOAL-RO
2008

ILDERLAN LARA DE MELO

**DA ILEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME
ABERTO DOMICILIAR FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO
ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Especialista Telmo de Moura Passareli.

Cacoal-RO
2008

ILDERLAN LARA DE MELO

**DA ILEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME
ABERTO DOMICILIAR FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO
ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

AVALIADORES

Prof. Esp. Telmo de Moura Passareli	Nota
2º Avaliador (a)	Nota
3º Avaliador (a)	Nota

Média Final

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

O Acadêmico **ILDERLAN LARA DE MELO** desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso - TCC, sobre o tema: **DA ILEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO DOMICILIAR FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus* de Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, o Acadêmico está apto para a apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal-RO, 14 de março de 2008.

Professor Especialista Telmo de Moura Passareli
Orientador

Dedico aos meus pais, Joelito e Clarice que, apesar de todas as dificuldades e sacrifícios, souberam educar-me, mostrando-me o caminho do bem e da virtude e moldaram o meu caráter.

Aos meus irmãos, Izaías, Izane, Islan, Ilziane e Islene, que comigo compartilharam momentos de alegria e tristeza, mas sem jamais deixar de incentivar-me na busca de meus ideais.

Aos meus amigos, colegas e companheiros que, de qualquer forma, contribuíram para a conquista dos meus objetivos.

Agradeço a Deus, criador de todas as coisas, que dotou-me de inteligência e força de vontade para ir em busca de meus objetivos e ideais, sem jamais me abandonar.

A todos os mestres e professores que, através de suas lições e ensinamentos deram-me um norte a seguir, orientando os meus passos rumo a mais esta conquista.

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade (...) A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

Cesare Beccaria

RESUMO

MELO, Ilderlan Lara de. Da ilegalidade no cumprimento de pena no regime aberto domiciliar fora das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal, 85 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal. 2008.

O trabalho tem como objeto central o estudo sobre a pena privativa de liberdade e o regime aberto domiciliar, com enfoque na discussão sobre a legalidade ou não da sua concessão aos condenados que não preenchem os requisitos elencados no artigo 117 da Lei de Execução Penal. Objetiva, ainda, compreender as circunstâncias e os motivos que fundamentam as decisões do magistrado ao conceder o benefício da prisão-albergue domiciliar em desconformidade com a determinação legal, bem como apontar o centro da polêmica gerada em torno do tema, cuja relevância é percebida diante do consenso existente no meio jurídico quanto ao fracasso do sistema penitenciário brasileiro, agravado pelo descaso do Poder Público, cuja omissão é apontada pelos doutrinadores pátrios como uma das principais causas que levam o julgador a tomar decisões inusitadas e, não raras vezes, contrárias às normas legais, para reconhecer este ou aquele direito, haja vista que, conforme mandamento constitucional, o juiz não pode abster-se de proferir sua decisão, por mais polêmica que ela seja.

Palavras-chave: Pena. Finalidade. Regime aberto domiciliar. Ilegalidade.

ABSTRACT

MELO, Ilderlan Lara de. The illegality in the fulfillment of the penalty in the regime of home imprisonment outside of the hypothesis foreseen in the article 117 in the law of penal execution, 85 pages, Term paper. Fundation Federal University of Rondônia – Cacoal Campus. 2008.

This paper has as the main goal the study about the penalty which deprives the liberty and the open residential regime, focusing the discussion about the legality or not in its concession to the convicted who does not fulfill the requirements cited in the article 117 in the law of Penal Execution. It also, aims, to understand the circumstances and the reasons which are the base of the Judge's decisions to give the benefit of the regime of home imprisonment against the legal determination, as well as pointing the center of the controversy generated about the theme, whose relevance is perceived behalf the existing accordance in the judicial environment as to the failure of the Brazilian penitentiary system, made worse by the inconsideration of the Public Power, whose omission is pointed by the doctrine professors as one of the main causes which lead the judge to take unexpected decisions, and , not rarely, apposite to the legal rules, to acknowledge this or that right, being that, in accordance to the constitutional commandment, the judge cannot abstain himself of proffering his decision, even as controversy it may be.

Key-words: Penalty. Purpose. Regime of home imprisonment. Illegality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. DAS PENAS EM GERAL.....	15
1.1. CONCEITO E DEFINIÇÃO.....	15
1.2. TEORIA DA PENA.....	17
1.3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA.....	18
1.4. ESCOLAS PENAIS E FINALIDADE DA PENA.....	23
1.4.1 Teorias absolutas.....	23
1.4.2. Teorias relativas.....	25
1.4.3. Teorias mistas.....	26
1.5. CARACTERÍSTICAS DAS PENAS.....	28
1.5.1. Legalidade.....	28
1.5.2. Personalidade.....	30
1.5.3. Proporcionalidade.....	31
1.5.4. Inderrogabilidade penal.....	32
1.6. CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS.....	32
1.6.1. Penas corporais.....	33
1.6.2. Penas privativas de liberdade.....	33
1.6.3. Penas restritivas de liberdade.....	34
1.6.4. Penas pecuniárias.....	34
1.6.5. Penas privativas e restritivas de direito.....	35
1.7. DAS PENAS NO BRASIL.....	35
2. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	38
2.1. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM ESPÉCIE.....	39
2.2. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	42
2.2.1. Sistema de Filadélfia ou Belga.....	42
2.2.2. Sistema de Auburn.....	44
2.2.3. Sistema progressivo (inglês e irlandês).....	45
2.3. O SISTEMA PROGRESSIVO NO BRASIL.....	48
2.4. REGIMES PRISIONAIS.....	50
2.4.1. Regime fechado.....	51
2.4.2. Regime semi-aberto.....	52
2.4.3. Regime aberto.....	53
2.5. DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.....	55
2.5.1. Origem e evolução do livramento condicional.....	56
2.5.2. Conceito e natureza jurídica.....	58
2.5.3. Pressupostos para o livramento condicional.....	60
2.5.3.1. Pressupostos objetivos.....	60
2.5.3.2. Pressupostos subjetivos.....	61
2.5.4. Concessão e condições.....	63
2.5.4.1. Condições obrigatórias.....	64
2.5.4.2. Condições facultativas.....	64
2.5.5. Revogação do livramento condicional.....	65

2.5.5.1. Revogação obrigatória.....	65
2.5.5.2. Revogação facultativa.....	65
2.5.6. Prorrogação do livramento condicional e extinção da pena.....	66
3. DO REGIME ABERTO DOMICILIAR.....	68
3.1. ORIGEM E FINALIDADE.....	68
3.2. HIPÓTESES PARA A CONCESSÃO.....	69
3.3. DA INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO.....	70
3.4. SOLUÇÃO DADA PELOS ARTIGOS 95 E 203 DA LEP.....	77
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto central o estudo sobre a pena de prisão e seu respectivo cumprimento no regime aberto domiciliar, resultado do projeto de pesquisa apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal de Rondônia – UNIR - no qual se realizou uma análise comparativa entre as finalidades da pena e sua execução, mais notadamente no regime aberto, e a dificuldade enfrentada pelos magistrados diante da falta de estabelecimentos adequados para o seu efetivo cumprimento.

A relevância do tema é percebida diante do consenso existente no meio jurídico quanto ao fracasso da pena privativa de liberdade diante da inércia e da omissão do Poder Público frente aos problemas do sistema penitenciário brasileiro. A ausência de casas de albergado nas comarcas atinge diretamente tanto os sentenciados, que vêm-se, muitas vezes, privados do direito à progressão de regime, quanto a sociedade, uma vez que muitos juízes, diante do problema, preferem conceder a liberdade antecipada aos condenados, mesmo em desconformidade com o mandamento legal. Trata-se de uma situação bastante crítica que atormenta magistrados, promotores de justiça, doutrinadores, juristas e a sociedade de modo geral. Particularmente sob o aspecto da sociedade, o problema a atinge diretamente, pelo fato de que muitos presos considerados perigosos são colocados totalmente em liberdade e sem nenhuma vigilância antes mesmo de terem cumprido, sequer, um terço de suas penas, causando grande insegurança e temor no seio da comunidade.

Em meio a esta problemática, o presente trabalho objetiva aprofundar o estudo sobre a pena de prisão, seu cumprimento no regime aberto e os requisitos necessários para se obter a prisão-albergue domiciliar, abordando mais detidamente as divergências existentes entre as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, sem esquecer dos motivos levados em conta pelos magistrados no momento de decidir sobre a conveniência ou não da concessão do aludido benefício

aos condenados, mesmo sem o preenchimento dos requisitos taxativamente previstos no art. 117 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal.

Para a investigação do tema central desta monografia, utilizou-se os métodos indutivo, fenomenológico e observacional, uma vez que se busca analisar a pena privativa de liberdade, sua origem, sua evolução para o sistema progressivo hodiernamente utilizado no Brasil, bem como suas diversas formas de cumprimento. O estudo é realizado por meio de pesquisa bibliográfica em doutrinas de direito penal, execução penal e obras de leituras complementares, contando com o auxílio de revistas e periódicos especializados como artigos científicos e monografias, bem como da rede mundial de computadores.

Este trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta a origem, a evolução, as características e as finalidades da pena, sob a ótica das várias escolas penais, bem como de seu surgimento e aplicação no Brasil. No segundo capítulo faz-se uma abordagem sobre a pena privativa de liberdade e seus vários sistemas, cominando com o sistema progressivo tal como o conhecemos hoje, bem como suas várias etapas de cumprimento da pena. O terceiro e último capítulo trata do regime aberto domiciliar, de suas finalidades, das condições exigidas para a sua concessão e de suas conseqüências jurídicas e sociais, finalizando com a discussão sobre a falta de vagas em estabelecimentos adequados para a execução da pena no regime aberto e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da origem do problema e suas possíveis soluções.

1. DAS PENAS EM GERAL

1.1. CONCEITO E DEFINIÇÃO

São várias as conceituações e definições existentes acerca da pena, as quais fundamentam-se em fatores históricos, sociológicos e filosóficos ao longo da existência humana.

Segundo Capez¹, pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos. Possui a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tem finalidade preventiva, sendo que a prevenção pode ser geral ou especial. Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial, a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

Asúa, *apud* Prado², diz que a pena é a mais importante das conseqüências jurídicas do delito e que consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente infrator de uma norma penal.

Soler, *apud* Mirabete³, preconiza que a pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através de uma ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, e consiste na diminuição de um bem jurídico e tem, como objetivo, evitar novos delitos.

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. vol. 1. 9 ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 357.

² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. vol. 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 513.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo : Atlas, 2004, p. 246.

Para o douto professor Cernicchiaro⁴, a pena pode ser encarada sobre três aspectos:

Substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; *formalmente* está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio do contraditório; e *teleologicamente* mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.

Segundo Kelsen⁵, a pena, ou sanção, em seu sentido amplo, consiste na imposição de medida punitiva ao transgressor, que o direito considera como compensação jurídica ao ato que infringiu a ordem por ele estabelecida e não tem necessariamente de seguir-se ao ato ilícito: pode precedê-lo, pois certos atos de coerção podem ser interpretados como sanções desde que não se limite este conceito à hipótese da reação contra uma determinada conduta humana juridicamente averiguada, mas se estenda a casos em que o ato de coerção seja aplicado a um delito cuja execução por um indivíduo não foi ainda apreciado pelo judiciário, como, por exemplo, na prisão, pela polícia, de suspeito de ter cometido um crime; e também, nos casos em que o ato de coerção se processa contra um delito ainda não cometido, mas que é de esperar como possível no futuro, como ocorre nos casos de internamento de doentes mentais perigosos.

1.2. TEORIA DA PENA

⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 246.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 45.

Com base nas conceituações e definições de pena mencionadas no item anterior, ao ocorrer um crime, nasce para o Estado o direito-dever de punir o criminoso, o agente infrator da norma penal⁶.

De acordo com Marques⁷, o direito de punir é

[..] o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável.

Portanto, conforme preconiza Teles⁸, tão logo o Estado, através do Delegado de Polícia e de seus agentes, tenha notícia de um fato definido como crime, deve, em regra, iniciar o trabalho investigatório a fim de apurar a materialidade do fato – onde, como e por que aconteceu – quem foi o responsável e quem colaborou para sua ocorrência, para, assim, proporcionar ao Promotor de Justiça elementos para que inicie ou não a persecução penal ao autor do fato considerado crime.

Porém o Estado, embora único titular do direito de punir o responsável pela infração penal, não pode agir de forma arbitrária, em confronto com os preceitos de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, conforme leciona o professor Teles⁹:

O direito de punir – o *jus puniendi* – não pode ser exercido *manu militari*, unilateralmente, pelo Estado, por força do princípio constitucional do *due process of law*, inserto no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e também pelo princípio da presunção da inocência, do inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É o Estado-Juiz o responsável pela imposição e aplicação da pena ao agente responsável pela prática delituosa, o que fará com base nos elementos e provas apresentados pelo acusador – o Promotor de Justiça – e pelo defensor – o Advogado, observando, para tanto, rigorosamente o que dispõe a lei penal.

⁶ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral II. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1998, p. 23.

⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo : Millennium, 2003, p 53.

⁸ TELES, Ney Moura. *Op. cit*, p. 23.

⁹ *Ibidem*.

Desse modo, conforme afirma Prado¹⁰, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa.

1.3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA

A origem da pena perde-se no tempo, pois com o surgimento dos primitivos seres humanos e das sociedades rudimentares, nascia o crime e com ele, como forma de possibilitar a convivência social, a pena.

Nesse sentido, o professor Greco¹¹ ensina que,

Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer do fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden.

Assim, após a primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, também adotou o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas.¹²

Segundo Teles¹³, nos primórdios do tempo, “o crime era a agressão a um interesse do indivíduo ou do grupo, e a pena a resposta, o mal infligido ao infrator”.

Para Noronha¹⁴, a pena, em sua origem, nada mais foi que vingança, pois é mais que compreensível que para aquela criatura primitiva, dominada pelos

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 524.

¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 4 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Impetus, 2004, p. 533.

¹² *Ibidem*, p. 534

¹³ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, v. 1. 31 ed. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 221.

instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção ou mesmo com a justiça.

Então, conforme leciona o professor Teles¹⁵, “a pena surge como necessária reação de defesa dos interesses dos indivíduos, e, mais tarde, também do grupo, clã ou tribo, que precisavam ser protegidos de ataques”.

Afirma ainda o festejado autor:

As primeiras penas eram manifestações de vinganças individuais, extremamente severas e absolutamente desproporcionais, arbitrárias e excessivas. O próprio ofendido ou alguém por ele, geralmente um seu parente de sangue, exercia o direito de punir, impingindo ao agressor do interesse a pena que bem entendesse, em qualidade e quantidade¹⁶.

Porém, essa forma desregrada de punição trazia grandes prejuízos para aquela sociedade primitiva, haja vista que os grupos guerreavam continuamente entre si pelos mais variados motivos.

Tratando-se de crime perpetrado por membro do grupo, essa modalidade de pena, que era uma vingança desproporcionada, constituía um grave prejuízo para o próprio grupo, cuja força dependia, e muito, de um grande número de indivíduos fortes, sadios, aptos para a guerra contra as tribos e os outros grupos que se formavam. Por isso, já com as primeiras penas, nasce a necessidade de limitá-las em benefício do grupo social. Aos poucos, as comunidades vão se organizando em formas primitivas de Estado e, com isso, também a vingança penal vai assumindo uma feição de natureza pública.¹⁷

Mais tarde, entre os povos da Mesopotâmia, surge o talião, que é considerado pelos doutrinadores como uma verdadeira evolução da aplicação da pena, tendo em vista que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente), cuja teoria foi adotada no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma).¹⁸

¹⁵ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 36.

Segundo os ensinamentos de Lyra¹⁹,

O talião, aplicado apenas aos atentados contra a pessoa da mesma raça, constitui importante conquista, estabelecendo proporcionalidade entre ação e reação. O instituto da legítima defesa e outras *retaliações* guardam vestígios do talião.

Para Teles²⁰,

O Código de Hamurábi, que teria sido o mais antigo ordenamento legislativo da Antigüidade, editado mais de dois mil anos a.C., contemplava o *talião* – também aplicado nas leis chinesas, persas e egípcias – e a *composição*, mas o Código de Manu, aproximadamente mil anos mais recente, não faz qualquer referência a esses dois importantes institutos. Neste se encontram penas corporais, como o corte dos dedos, pés e mãos dos ladrões, da língua dos caluniadores, da queima do homem adúltero e entrega da mulher adúltera aos cães para que a devorassem.

O Direito Romano, o qual deu origem à maior parte dos ordenamentos jurídicos modernos, utilizou-se da vingança, do talião e da composição. A vingança, segundo Teles, “era privativa do ofendido ou de seus sucessores, parentes sangüíneos, que só se afastava se houvesse a composição, ou seja, se o agente do crime tivesse recursos para ‘comprar’ outra solução.”²¹

Segundo o princípio da composição o ofensor compra a impunidade ao ofendido, ou seus representantes, com dinheiro, gado, armas ou utensílios, à maneira das indenizações da vida, e, mesmo, da honra, com o pagamento de multas ou dotes à ofendida nos crimes sexuais, e à reparação dos danos em geral.

Porém, entre os povos germanos dava-se mais importância às conseqüências do delito em si, e, conseqüentemente, de sua gravidade dependia a escolha da pena a ser aplicada, quase sempre cruéis e desumanas, conforme leciona Teles²²:

Se entre os germanos prevalecia o interesse pela natureza objetiva do crime – a gravidade da lesão ao interesse atingido pelo comportamento do agente –, entre os romanos o mais importante era verificar o lado subjetivo

¹⁹ LYRA, Roberto. *Apud* TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 25.

²⁰ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 25.

²¹ *Ibidem*.

²² TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 25.

do delito. As penas, todavia, eram entre os dois povos, cruéis e desumanas, mas o talião dos romanos não incluía a vingança de sangue dos germanos, até porque, com exceção dos crimes graves, a punição dependia do insucesso da composição entre ofensor e ofendido.

Todavia, já no tempo do imperador romano Justiniano, a pena encontra seu fundamento no interesse do Estado, o que demonstra sua natureza plenamente pública.²³

De acordo com as lições de Nogueira²⁴, existiu no Direito Penal romano,

[...] nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco pra o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos de circo, com os trabalhos forçados: *ad molem, ad metallum, nas minas, nas lataniae, laturnae, lapidicinae* (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a *interdictio aqua et igni* tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais.

Com o surgimento da Igreja Católica e do Direito Canônico, nascem as idéias de humanizar e espiritualizar as penas, nelas incorporando o espírito cristão, sendo suas idéias de grande importância para o Direito Penal, principalmente por que permitiram a construção da intencionalidade como medida da punição.

Noções como a da imortalidade da alma, que seria salva, eternamente, caso o pecador – agente do crime – se redimisse pelas penitências, pela redenção, regeneração, arrependimento, aperfeiçoamento pessoal, incorporam-se à idéia de pena enquanto retribuição e, inegavelmente, constituem importante conquista, à medida que se humanizam os castigos, evitando-se o sofrimento dos condenados. Até porque o Deus dos cristãos é piedoso e bom e só permite o sofrimento do pecador para que ele se purifique e possa apresentar-se, um dia, diante do próprio Criador, sendo digno de entrar em sua morada, o paraíso.²⁵

Porém durante toda a Idade Média, as penas brutais e cruéis ainda eram largamente utilizadas e, somente com o advento da Revolução Francesa com seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, foram sendo substituídas por outras

²³ *Ibidem*, p. 26.

²⁴ NOGUEIRA, Ataliba. *Apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, pp. 534-535.

²⁵ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 26.

espécies de pena, com base na filosofia de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria²⁶, conforme ensina o professor Greco²⁷:

O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das idéias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.

Assim, com os pensamentos filosóficos e humanitários trazidos pelo Iluminismo ganhando força, as penas vão sendo paulatinamente humanizadas. A partir daí, segundo o professor Teles, alguns Estados nacionais abolem, outros restringem, a pena de morte. As penas corporais e infamantes, as torturas, os suplícios e os trabalhos forçados vão sendo lentamente substituídos por um novo ideário penal, o de recuperar, educar ou reformar o condenado, fazendo surgir uma nova espécie de pena – a de prisão por tempo determinado – a qual torna-se a mais grave entre todas, e se hoje a achamos muito dura ou violenta, é porque constitui um grande avanço em relação tanto à pena de morte quanto à de prisão perpétua.²⁸

1.4. ESCOLAS PENAIIS E FINALIDADE DA PENA

Com base no direito-dever de punir do Estado, que nasce com a prática do crime, surgiram três correntes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena,

²⁶ Conforme destaca Muniz Sodré: “Coube a Beccaria a honra inexcusável de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa, que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a maneira iníqua e desumana por que, naqueles tempos de opressão e barbaria, se tratavam os acusados, muitas vezes inocentes e vítimas sempre da ignorância e perversidade dos seus julgadores. Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudelíssimos suplícios que se inventavam como meios de punição ou de mera investigação da verdade, em que, não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento atroz e horrorizante, em uma longa agonia, sem tréguas e lentamente assassina. Ele, nobre e marquês, ao invés de escutar as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gozos tranquilos de uma existência fidalga, em lugar de manter-se no fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera de ociosa indiferença, ergueu a sua voz, fortalecida por um grande espírito saturado de idéias generosas, em defesa dos mais legítimos direitos dos cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos, desrespeitados e repelidos” (*Apud GRECO, Rogério. Op. cit.*, p. 535).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 26.

as quais são classificadas, pela unanimidade dos doutrinadores, em absolutas, relativas e mistas.²⁹

1.4.1. Teorias absolutas

As teorias absolutas, também conhecidas como de retribuição ou retribuicionistas, pregam que o fundamento da sanção penal é a exigência da justiça, punindo-se o agente porque pura e simplesmente cometeu o crime.

Segundo Noronha³⁰,

As teorias absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quia peccatum est*). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime.

Várias são as teorias que entendem que a pena tem uma natureza absoluta, é justa por si mesma e seu fundamento é a existência do crime. A pena seria, assim, a necessária e indispensável consequência jurídica da existência do crime.

Nesse sentido, Teles³¹ ensina que:

Uma delas afirma que o crime é violação de um preceito oriundo de Deus, e a pena, então, seria a retribuição divina. Outra, de KANT, considera o crime a infração da ordem moral, e a pena deve ser a compensação moral. Já HEGEL mostra que, sendo o crime a violação do direito, a pena é sua derivação dialética, produzindo a compensação jurídica. O crime é a negação do direito. A pena é a negação do crime, a negação da negação, a síntese.

Segundo Kant³², filósofo e pensador iluminista alemão do século XVIII, a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 244.

³⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 220.

³¹ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 30.

³² *Apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. *Op. cit.*, p. 514.

igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais.

De acordo com a teoria de Hegel³³, também filósofo alemão do final do século XVIII, a pena, razão do direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica.

Para o professor Prado³⁴, a pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito, seja como expiação do agente.

Nessa linha de pensamento, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre professor Mirabete³⁵, que proclama:

Verifica-se, assim, que, quanto à natureza da retribuição, que se procurava sem sucesso não confundir com castigo, dava-se um caráter ora divino (Bekker, Sthal), ora moral (Kant), ora jurídico (Hegel, Pessina). Para a Escola Clássica, a pena era tida como puramente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente.

De acordo com os ensinamentos de Pimentel³⁶, a ausência da preocupação com a pessoa do infrator foi o ponto fraco da referida escola, que a tornou vulnerável às críticas mais severas.

1.4.2. Teorias relativas

³³ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 244.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 513.

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 244.

³⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 244.

Nas teorias relativas, também conhecidas como utilitárias ou utilitaristas, dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria a causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada³⁷.

Segundo o festejado mestre Noronha³⁸,

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potência que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.

Para Feurebach³⁹, pai do Direito Moderno e precursor do Positivismo, a finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o Direito. Sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação). A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto.

Jeremias Bentham⁴⁰, professor e moralista inglês do século XVIII, dizia que a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela é submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas que se justifica pela utilidade. O fim da pena é a prevenção geral, quando intimida a todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinqüente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o. Para os positivistas, com o interesse da ciência deslocado do crime em si para a pessoa do delinqüente, intensifica-se essa proposição.

Garófalo⁴¹, positivista moderado de século XIX, com base em seu conceito de temibilidade de delinqüente, fazia depender desta a necessidade e a medida da pena, cujo fim deveria ser a readaptação do criminoso ao meio social. Entendia que a sanção é o meio de defesa social adaptado à personalidade do delinqüente.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ NORONHA. E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 220.

³⁹ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 244.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 245.

Romagnosi⁴², jurista e filósofo italiano do final do século XVIII, também pregava o fim utilitário da pena afirmando não ser necessária a punição quando se tivesse a certeza moral de que o delinqüente não reincidiria.

1.4.3. Teorias mistas

As teorias mistas ou ecléticas são a fusão das teorias absolutas e relativas, das quais agregou os vários pontos de vista. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

Para Merkel⁴³, a pena é justa retribuição que não exclui a idéia de seu fim, que é manter no Estado as condições da vida social, destinando-se a proteger os interesses dos indivíduos. Binding⁴⁴ concebe a pena como compensação ou satisfação. O direito de punir, que é também um dever, e oriundo da insubordinação do agente do crime, para alcançar o respeito às leis e a conservação do Direito. Licínio Barbosa⁴⁵, referindo-se ao pensamento de Pellegrino Rossi, Guizot e Cousein, diz que a pena deve ter o objetivo de, simultaneamente, retribuir e prevenir a infração: *punitur quia peccatum ut ne peccetur*.

Segundo tal orientação, ensina Mirabete⁴⁶,

[...] a pena deve conservar seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores de crimes, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimizabilidade de outros. Seriam essas as denominadas medidas de segurança.

Mais recentemente, verificou-se que o crime não é uma ameaça apenas para a pessoa da vítima em particular, mas para toda a sociedade, podendo influenciar

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Apud* TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ BARBOSA, Licínio. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 245.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 245.

em sua forma de vida ou até mesmo ocasionar sua extinção, fazendo surgir, então, a chamada Escola da Defesa Social, conforme leciona o renomado autor:

Com o surgimento da Escola da Defesa Social, de Adolfo Prins e Filippo Grammatica, e, mais recentemente, com a Nova Defesa Social, de Marc Ancel, tem-se buscado instituir um movimento de política criminal humanista fundado na idéia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora). Adotou-se, como assinala Miguel Reale Junior, outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade. Esse posicionamento especialmente moderno procura excluir definitivamente a retributividade da sanção penal.⁴⁷

Segundo o entendimento de Lyra⁴⁸, “todas as teorias sobre o fundamento e o fim do direito de punir podem ser concentradas em três idéias: justiça, ou expiação; defesa social, ou intimidação; e contrato social”.

Desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda e, como acentua Everardo da Cunha Luna, ‘a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem a retribuição, é desonra’. Enquanto se proclama na exposição de motivos da Lei de Execução Penal o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade, a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária, como medida de justiça, reparadora e impostergável, mas ‘as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas.’⁴⁹

De acordo com o entendimento do ilustre Noronha⁵⁰, “a pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária”.

Porém, conforme conclui Silva⁵¹,

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ LYRA, Roberto. *Apud* TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 245.

⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 220.

⁵¹ SILVA, José Carlos Souza. *Apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p.246.

[...] de qualquer forma, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homem delinqüente o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe.

1.5. CARACTERÍSTICAS DAS PENAS

Segundo as características, Noronha⁵² ensina que a pena, além de dever ser proporcional ao crime e individualizada, devem obedecer, também, os princípios da legalidade, personalidade, igualdade, inderrogabilidade, economia, moralidade, humanidade etc, dentre os quais destaca como principais a legalidade, a personalidade, a proporcionalidade e a inderrogabilidade penal, pois os outros princípios nada mais são que conseqüências destes.

1.5.1. Legalidade

O princípio da legalidade, que tem sua origem nos conceitos filosóficos do iluminismo do século XVIII, foi adotado como cláusula pétrea pela atual Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XXXIX, recepcionou o art. 1º do Código Penal, que reza, *verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Esse princípio visa, fundamentalmente, limitar e restringir o poder estatal em seu mister de editar e aplicar a norma penal, garantindo, assim, que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não sejam violados de forma arbitrária pelo próprio Estado.

Nesse sentido, é de todo oportuno trazer a lume o ensinamento do festejado professor Noronha, que preconiza:

⁵² NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 222.

A primeira reduz-se ao apotegma *nulla poena sine lege*. É a garantia suprema do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal. Não somente garantia, pois, se se assinala à pena o fim intimidativo, é mister ser cominada em lei, é necessário seja conhecida. Sem isso não poderá eficazmente intimidar os indecisos e vacilantes. A legalidade não diz respeito, portando, somente ao indivíduo, mas relaciona-se à prevenção geral, já apontada.⁵³

A corroborar essa afirmação, Mirabete diz que “o princípio da legalidade consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena, previsto no art. 1º do Código Penal”⁵⁴.

Nesse contexto, o professor Teles⁵⁵ ensina que:

A todo fato ilícito corresponde uma sanção. O ato ilícito é a violação do dever imposto pelo direito positivo, sob a ameaça da sanção. Quem causa um dano deve repará-lo, ressarcindo o titular do bem danificado. Quem viola um direito, igualmente. O ilícito penal é uma espécie de ilícito jurídico, cuja sanção é a pena. Quem comete um crime deve sofrer a pena. A pena é a consequência jurídica do crime, a sanção característica da norma penal incriminadora.

A pena deve ser proporcional ao crime em qualidade e em quantidade. Esta exigência tem origem no talião – olho por olho, dente por dente. Modernamente, devem, o legislador, no momento da cominação, e o juiz, quando a aplica, estar atentos pra a necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade entre o fato criminoso e a sanção a ele correspondente.

1.5.2. Personalidade

De acordo com esse princípio, que tem como fundamento o dispositivo constitucional inserto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República, nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado, e tem como objetivo garantir que a punição não seja transferida para os descendentes ou sucessores do criminoso, exceto, no último caso, com relação às penas patrimoniais, que poderão ser suportados pelos sucessores, porém somente até o limite do valor do patrimônio transferido.

⁵³ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 222.

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 246.

⁵⁵ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 36.

De acordo com a doutrina de Mirabete⁵⁶,

A característica da personalidade refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena. Por isso, determina-se que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV, primeira parte, da CF), proibindo-se, por exemplo, as penas infamantes. A nova Constituição, porém, prevê a cominação da pena de “perda de bens”, (art. 5º, XLVI, *b*), permitindo expressamente que a decretação do perdimento de bens possa ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. XLV, segunda parte). A exceção mutila o princípio da personalidade da pena. Os efeitos secundários da pena de prisão com relação aos dependentes do criminoso são corrigidos com medidas sociais (auxílio-reclusão, descontos na remuneração do sentenciado etc).

Para Noronha⁵⁷, a personalidade da pena impõe-se por sua finalidade retributiva.

Se a pena é o mal da sanção oposto ao mal do crime, se é retribuição de um mal por outro, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e somente sobre ele. Daí a abolição do confisco, pena iníqua, que se projeta à descendência do criminoso. Privado este de seus bens patrimoniais, a família também vinha a sofrer as conseqüências.

É exato que a pena privativa de liberdade gera ainda esse efeito, pois, privado o chefe da família de seu trabalho, sofrem os que vivem em sua dependência. Tal conseqüência, que realmente existe, é, entretanto, indireta e sobre ela prevalece a necessidade da punição. Advirta-se, todavia, que não se trata de problema insolúvel, porque em um Estado perfeitamente organizado deve existir assistência social a amparar a família do sentenciado, que, de fato, não pode sofrer punição conseqüente; como, também, proteger a família da vítima, muita vez votada à miséria e ao abandono.

1.5.3. Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade surgiu com a evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana na Europa dos séculos XII e XVIII, baseado nos ideais do jusnaturalismo, que pregava ter o homem direitos imanescentes a sua

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 246.

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 222.

natureza e anteriores ao aparecimento do Estado, tendo este, por conseguinte, o dever de respeitá-los.⁵⁸

Segundo Noronha⁵⁹, a proporcionalidade penal está intimamente vinculada ao fundamento retributivo. “Em princípio, a pena deve guardar proporção com o delito: não se punem, igualmente, o furto e o homicídio. O crime tem sua quantidade, que deve, de modo geral, ditar a quantidade da sanção”.

Porém, o referido autor baseando-se na doutrina de Antolisei⁶⁰, jurista italiano do século XX, destaca que esse princípio tem sofrido duas derrogações. Uma, proveniente da reincidência (CP, art. 63), a segunda referente à aplicação da pena, pois deve o magistrado levar em conta a personalidade do condenado (CP, art. 59).

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado autor Mirabete⁶¹, o qual preleciona que:

Cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado. Essa característica, entretanto, é abrandada no direito positivo: a Constituição Federal determina que “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI), e o Código Penal refere-se, quando da aplicação da pena, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente (art. 59), à reincidência (art. 61, I) etc.

1.5.4. Inderrogabilidade penal

Também chamado de princípio da inevitabilidade penal, tem o condão de impor a certeza de que a lei será inevitavelmente aplicada se houver a transgressão da norma incriminadora, ou seja, praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida. Porém isso é suavizado em várias situações previstas na lei penal,

⁵⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília : Brasília Jurídica, 1996, p. 34.

⁵⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 222.

⁶⁰ *Apud* NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.* p. 222

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 246.

como nos casos da suspensão condicional da pena, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade etc.⁶²

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento de Noronha⁶³, que preconiza:

A punição deve ser certa, pois a sua eficácia depende mais da certeza do que da severidade. De que vale uma pena severa, se é problemática sua aplicação? Nesse sentido, pode dizer-se que, entre nós, mais eficaz que a pena de morte, advogada por muitos, seria a supressão do júri, que não tem provado bem.

Entretanto, a inevitabilidade penal tem sofrido restrições impostas pela finalidade da prevenção especial, ditando medidas como o livramento condicional, o sursis, o perdão judicial, a graça e o indulto. Devem esses institutos, principalmente os últimos, ser aplicados com parcimônia e critério para não se consagrar como norma a impunidade.

1.6. CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

Quanto à classificação, a doutrina divide as penas em: corporais; privativas de liberdade; restritivas de liberdade; pecuniárias; e restritivas de direitos.

1.6.1. Penas corporais

As penas corporais são aquelas que recaem sobre a pessoa física do delinqüente, suprimindo-lhe a vida ou atingindo-o na integridade corpórea, como a

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 246.

⁶³ NORONA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 223.

pena de morte e os castigos físicos.⁶⁴ Em favor das primeiras, dizia-se ser a única adequada aos brutos e degredados, que só se sensibilizariam por estímulos materiais e pelo temor dos castigos, proclamando-se, ainda, a vantagem de dispensar a pena de prisão e todos os inconvenientes desta, inclusive as conseqüências para a família do condenado.⁶⁵ Com relação à pena de morte, seus defensores entendem ser a única que realmente intimida o delinqüente perigoso, sendo um meio eficaz e econômico de proteção à sociedade, enquanto seus opositores alegam sua imprestabilidade, inconveniência e ilegitimidade.⁶⁶

1.6.2. Penas privativas de liberdade

As penas privativas de liberdade, apesar do consenso da atual falência do sistema prisional, são as mais utilizadas nas legislações modernas, e podem ser subdivididas em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada pela legislação pátria.

Segundo Mirabete⁶⁷, as penas privativas de liberdade originaram-se de outras penas: enquanto aguardavam a execução da pena aplicada - pena de morte, desterro⁶⁸, galés⁶⁹ etc - os sentenciados ficavam privados da liberdade de locomoção, passando a própria prisão a ser, posteriormente, a espécie de sanção penal imposta.

⁶⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 223.

⁶⁵ GARCEZ, V. A. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, pp. 246-247.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁶⁸ “[...] Medida especial de repressão e defesa, empregada pelo Poder Executivo na vigência do estado de sítio e que consiste na expulsão de alguém para determinada localidade povoada e salubre, dentro do território nacional, e sistema de pena aplicada a alguns tipos de crime, com a finalidade de afastar do território onde reside a vítima, visando protegê-la” (NETTO, José Oliveira. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo : Edijur, 2005, p. 254).

⁶⁹ “[...] Em direito antigo, era a pena aplicada aos condenados a remar nas galés (embarcações de baixo bordo movidas à velas e remos, que foram utilizadas até o século XVI), e que depois, foi substituída pelos trabalhos públicos forçados, conservando, todavia, o mesmo nome” (NETTO, José Oliveira. *Op. cit.*, p. 354).

Atualmente, a pena privativa de liberdade tem sido bastante combatida, afirmando-se ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral.⁷⁰

1.6.3. Penas restritivas de liberdade

As penas restritivas de liberdade são as que limitam, em parte, o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão, como, por exemplo, o banimento (perda dos direitos políticos de habitar o país), o degredo ou confinamento (residência em local determinado na sentença), o desterro (saída obrigatória do território da comarca e do domicílio da vítima), dentre outros. O banimento, o degredo e o desterro foram proibidos no Brasil por força do dispositivo constitucional contido no art. 5º, XLVII, “d”, e a Lei nº 7.209/84 eliminou as medidas de segurança que implicavam em limitação da liberdade (exílio local e liberdade vigiada). Porém a proibição de freqüentar determinados lugares e a de se ausentar da comarca onde o sentenciado reside, sem autorização do juiz, e a obrigatoriedade de seu comparecimento em juízo de tempos em tempos, passaram a ser condições impostas no *sursis* (art. 78, § 2º).⁷¹

1.6.4. Penas pecuniárias

As penas pecuniárias são as que acarretam a diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente, sendo elas de duas modalidades: a multa e o confisco. A primeira consiste no pagamento de determinada importância pelo autor da infração penal e é cominada especialmente nos casos em que se percebe a cupidez do agente do crime. Esta espécie de pena é largamente empregada em nosso Código Penal, sendo-se apregoada sua imposição como substituta das penas privativas de liberdade de curta duração, dando-se ênfase a esse aspecto na reforma penal. O confisco, que é o perdimento dos bens do agente, não era

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 248.

⁷¹ *Ibidem*.

permitido em nossa legislação, mas a nova Constituição Federal prevê a possibilidade da cominação da pena de “perda de bens”, que, inclusive, pode ser executada contra os sucessores do condenado, porém só até o limite do valor do patrimônio transferido.⁷²

1.6.5. Penas privativas e restritivas de direito

As penas privativas e restritivas de direitos são as que retiram ou diminuem direitos dos condenados. Estas sanções têm origem bastante recente e, segundo a maioria dos doutrinadores, condizem com as necessidades atuais, merecendo do legislador um lugar de destaque na reforma penal atualmente em estudo.

A penas privativas e restritivas de direitos subdividem-se em pena de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43, CP), bem assim, como efeito da condenação, também estão previstas a perda de cargos, funções públicas ou mandato eletivo, a incapacidade para o exercício do poder familiar, a tutela ou curatela e a inabilitação para dirigir veículos automotores (art. 92).⁷³

1.7. DAS PENAS NO BRASIL

Quando se processou a colonização do Brasil, embora as tribos aqui existentes apresentassem diferentes estágios de evolução, praticava-se a vingança privada, a vingança coletiva e o talião, mesmo sem terem a menor noção do que esse último representava.

Nesse contexto, a professora Muakad⁷⁴ ensina que:

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 248.

⁷³ *Ibidem*, p. 249.

⁷⁴ MUAHAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo : Atlas, 1996, pp. 15-16.

Por ocasião do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, que foram substituídas, a seguir, pelas Manuelinas. Posteriormente surgiram as Ordenações Filipinas, Código de Leis Cíveis e Criminais de Portugal que, assim como as anteriores, não puderam ser colocadas em prática entre nós, a não ser a partir dos Governos Gerais, pela quase inexistente vida social e política, assim como ausência de organização judiciária.

Muitos autores afirmam que, ao tempo das Capitanias Hereditárias, tiveram aplicação no Brasil as Ordenações Manuelinas, dizendo que o nosso primeiro Código Penal foi o Livro V das Ordenações Filipinas. Toda essa discussão, porém, não elimina a existência de um rudimentar direito penal entre os selvagens do Brasil no período denominado de pré-história, pois o índio brasileiro encontrava-se na fase da vingança privada, desprovida de interesse científico para a elaboração do Direito.

Nesse período o crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, os feiticeiros e os benzedores. As penas severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimadura etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da grande utilização da pena de morte eram comuns as penas infamantes e o confisco.

Não havia, segundo a citada autora, “proporção entre penas e delitos, destacando-se a pena de morte executada, quase sempre, com requintes de crueldade, além de outras não menos desumanas”⁷⁵.

De acordo com as lições de Lyra⁷⁶, “na história do Brasil, até 1530, a justiça penal era o arbítrio dos capitães. Martim Afonso trouxe carta branca do governo português para processar e julgar inapelavelmente, aplicando a pena de morte”.

Com o advento da Independência e com a outorga da Constituição de 1824, que em seu art. 179 acolhia princípios sobre os direitos e as liberdades individuais, fixou-se um esboço da individualização da pena, e previu-se a existência de atenuantes e agravantes, porém a pena de morte pela força, após muitas discussões, continuou sendo aceita⁷⁷.

Em virtude da ocorrência de dois fatos de grande importância para a nação (a

⁷⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁷⁶ *Apud* TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 26.

⁷⁷ MUAHAD, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 16.

abolição da escravatura em 1888 e a Proclamação da República em 1889), foi editado um novo Código Penal, o qual entrou em vigor em 11 de Outubro de 1890, que abolia a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de carácter correcional⁷⁸.

Em 1º de Janeiro de 1942 entrou em vigor o actual Código penal, que acolhe os ensinamentos da Escola Clássica e da Escola Positiva, e, de acordo com as lições de Muakad,

Apesar de elaborado no período ditatorial, o Código Penal de 1940 inspirou-se nas modernas idéias doutrinárias do Código Italiano de 1930, no Código Dinamarquês do mesmo ano, no Código Suíço de 1937 e no Projeto Ferri, para solucionar os problemas que afligiam os juristas da época, conseguindo firmar-se como uma obra independente, harmónica e de indiscutível superioridade técnica.⁷⁹

2. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

⁷⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 20.

As privativas de liberdade constituem, modernamente, a base de todos os sistemas penitenciários do mundo civilizado e tiveram sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se, assim, com Deus.⁸⁰

Segundo Teles⁸¹, se as penas privativas de liberdade,

[...] em relação às penas corporais e à pena capital, são, aparentemente, mais humanas, à medida que não são perpétuas, a prática de sua execução, em todos os países do mundo, sem exceção conhecida, revela sua mais profunda desumanidade.

A corroborar o entendimento acima, o professor Mirabete⁸² ensina que, “apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena de prisão correspondido às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação do delinqüente”.

Para Pimentel⁸³, o sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição, pois é praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer.

Andreucci⁸⁴ aponta como um dos principais problemas do sistema a superpopulação carcerária, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados.

Porém, a pena de prisão continua a ser, pelo menos no nosso ordenamento jurídico, a única forma de punição de crimes graves, uma espécie de mal-necessário, conforme afirma o ilustre professor Mirabete⁸⁵:

⁸⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983, p. 134.

⁸¹ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 44.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 251.

⁸³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 185.

⁸⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Apud* MIRABETE. Julio Fabbrini *Op. cit.*, pp. 250-251.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 251-252.

Se, do ponto de vista educativo e recuperatório a pena de prisão apresenta tais aspectos negativos, não se pode, entretanto, questionar que continua ela a ser único recurso aplicável para os delinqüentes de alta periculosidade. Mesmo Foucault, acerbo crítico do sistema prisional, reconhece que nessa hipótese não há possibilidade de mudança, sendo a pena de prisão detestável solução de que não se pode abrir mão [...] A prisão, deve-se reconhecer, é insuprimível, quer como instrumento de repressão, quer como defesa social.

Nesse mesmo sentido, Pimentel⁸⁶ ensina que “a prisão precisa ser mantida, para servir como recolhimento inicial dos condenados que não tenham condições de serem tratados em liberdade”.

2.1. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM ESPÉCIE

São duas as espécies de penas privativas de liberdade definidas pelo Código Penal, a reclusão e a detenção (arts. 33 a 42).

De acordo com o art. 33 do Código Penal, a pena de reclusão deverá ser cumprida em três regimes distintos, ou seja, fechado, semi-aberto e aberto, e detenção somente será cumprida nos regimes semi-aberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência do condenado ao regime fechado.

Quanto á diferença entre as duas espécies, surgem duas correntes doutrinárias: uma entende que não há nenhuma diferença entre elas, a outra entende que sim.

Segundo Teles⁸⁷, a diferença que estaria, em tese, no regime de seu cumprimento, não existe, pois tanto a pena de reclusão quanto a de detenção podem ser cumpridas em quaisquer dos regimes, pois dentro do sistema progressivo brasileiro, mesmo o condenado à pena de reclusão poderá, em dado momento, cumprir parte dela no regime aberto, e o condenado à pena de detenção poderá, se necessário, cumprir parte dela em regime fechado.

⁸⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 186.

⁸⁷ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 45.

Noronha⁸⁸ entende que a diferença de se deve à gravidade do crime, pois a pena de reclusão é mais gravosa que a de detenção.

Para Mirabete⁸⁹, “há uma tendência moderna em abolir-se a diversidade de espécies de penas privativas de liberdade, e os novos projetos e legislações têm-se orientado no sentido de unificação do sistema prisional”.

Nesse sentido, o professor Luna⁹⁰ afirma que:

A unificação das penas privativas de liberdade, além de fundamentada cientificamente, inspirou-se, como diz Germain, na idéia da individualização da pena, o que conduz à criação de estabelecimentos penais diferentes, destinados a regimes variados, chegando Marc Ancel a escrever, graficamente, que é a unificação legal que permite uma diversificação penitenciária que torna possível o tratamento individualizado.

Ainda segundo Mirabete⁹¹, apesar de a nova Constituição estabelecer, em seu art. 5º, XLVIII, que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, “manteve-se na reforma penal a distinção, agora quase puramente formal, das penas de reclusão e detenção”.

Conforme dispõe o Código Penal, para o regime fechado, a execução da pena será em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, alínea “a”); para o regime semi-aberto, a execução da pena será em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (alínea “b”); e para o regime aberto, a execução da pena será em casa do albergado ou estabelecimento adequado (alínea “c”).

Preceitua ainda o Código Penal (art. 33, *caput*), que a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, admitindo-se, excepcionalmente, a regressão para o regime fechado.

⁸⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 29.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 252.

⁹⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 252.

⁹¹ *Ibidem*.

Já o § 2º do citado artigo dispõe que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; e c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Depreende-se então da leitura do citado artigo que, apesar de, para a pena de detenção, estarem previstos apenas os regimes semi-aberto e aberto, permite-se, porém, que o condenado venha a cumpri-la em regime fechado em caso de regressão. É o que dispõe, também o art. 118 da Lei de Execuções Penais, o qual preceitua que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (inciso I); b) sofrer condenação por crime anterior, cuja pena aplicada, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (inciso II); c) frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta (§ 1º).

Porém, conforme leciona o renomado professor Lopes⁹², para se determinar o regime inicial de o regime inicial de cumprimento da pena, devem ser consideradas, não somente a quantidade e a qualidade da pena, mas também a reincidência, pois não se concede o regime aberto ou semi-aberto ao condenado reincidente, devendo este, qualquer que seja a quantidade da pena e sua qualidade (detenção ou reclusão), iniciar o cumprimento em regime fechado, com exceção do reincidente em crime culposos, que poderá iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto, desde que reúna as demais condições para que se lhe indique um daqueles regimes.

2.2. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

⁹² LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**: parte geral. 3 ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

2.2.1. Sistema de Filadélfia ou Belga

Apesar de não haver consenso entre os doutrinadores acerca do surgimento deste sistema, a maioria, como Pimentel, Greco e Prado entre outros, entende que teria se iniciado em 1790, por influência dos *Quakers*⁹³, na penitenciária de *Walnut Street Jail*, na Pensilvânia, sendo posteriormente adotado na Bélgica, daí a origem de seu nome.⁹⁴

Segundo Pimentel⁹⁵, *Walnut Street Jail* era uma velha prisão situada na rua Walnut, na cidade de Filadélfia, Pensilvânia, na existia a mais completa aglomeração de criminosos e, posteriormente,

[...] esse regime passou para a *Eastern Penitentiary*, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior.

De acordo com este sistema, o sentenciado permanecia em isolamento constante (*Solitary system*), sem trabalho ou visitas, permitindo-se, quando muito, passeios isolados pelo pátio celular e a leitura da Bíblia como estímulo ao arrependimento. O trabalho era proibido, para que a energia e todo o tempo do preso fossem utilizados na instrução escolástica e serviços religiosos, acreditando-se ser esta a forma mais fácil de domínio sobre os criminosos.⁹⁶

Posteriormente, segundo Muakad⁹⁷, este sistema foi atenuado, adotando-se o *Separate system*, em que o preso podia receber a visita de funcionários do presídio,

⁹³ “*Quaker* é o nome dado a um membro de um grupo religioso de tradição protestante, chamado *Sociedade Religiosa dos Amigos (Religious Society of Friends)*. Criada em 1652, pelo inglês George Fox, a Sociedade dos Amigos reagiu contra os abusos da Igreja Anglicana, colocando-se sob a inspiração direta do Espírito Santo. Os membros desta sociedade, ridicularizados com o nome de *quakers*, ou tremedores, rejeitam qualquer organização clerical, para viver no recolhimento, na pureza moral e na prática ativa do pacifismo, da solidariedade e da filantropia. Perseguidos na Inglaterra por Carlos II, os *quakers* emigraram em massa para a América, onde, em 1681, criaram sob a égide de William Penn a colônia da Pensilvânia. Em 1947, os comitês ingleses e americanos do Auxílio *Quaker* Internacional receberam o Prêmio Nobel da Paz”. (**Quakers**. Enciclopédia eletrônica Wikipédia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Quaker>>. Acesso em: 22 jan. 2008).

⁹⁴ MUKAD, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 43.

⁹⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 137.

⁹⁶ MUKAD, Irene Batista. *Op. cit.*, pp. 43-44

⁹⁷ *Ibidem*, p. 44

diretores do estabelecimento, médicos, religiosos, pastores ou sacerdotes, realizava algumas tarefas, e, por dispositivo especial, assistia dali mesmo ao ofício religioso e aula, quando necessitasse de instrução. Em seguida, permitiu-se aos recolhidos, responsáveis por delitos sem gravidade, o trabalho comum durante o dia, mas em silêncio.

Porém, de acordo com as lições de Mirabete⁹⁸, mesmo após estas mudanças, muitas foram as críticas à severidade do sistema e à impossibilidade de readaptação social do condenado por meio do isolamento.

2.2.2. Sistema de Auburn

Também conhecido como *Silent System*, teria surgido em 1818, na cidade de Auburn (Nova York), nos Estados Unidos, como resultado das críticas ao sistema de pura prisão celular.

Para Muakad⁹⁹, este sistema

[...] começou a funcionar em uma ala de 80 celas da penitenciária de Auburn, dirigida por Elam Lynds, mais tarde diretor da penitenciária de Sing-Sing, homem inteligente, mas muito rígido, que considerava os presos psicologicamente defeituosos, chamando-os de “selvagens, covardes e incorrigíveis”.

Elam Lynds estabeleceu de forma clara as características do sistema auburniano. Segundo ele, inicialmente os presos podiam trabalhar nas celas, passando posteriormente a fazê-los em grupos, impondo-se, porém, a regra do silêncio, o que na prática acabou não funcionando. Aboliu o isolamento absoluto, obrigando o trabalho durante o dia sob a lei do silêncio e a segregação noturna para evitar a corrupção moral dos costumes.

Pimentel¹⁰⁰ aponta as falhas do sistema auburniano, aduzindo:

⁹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 249.

⁹⁹ MUAKAD, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 138.

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de *boca do boi*. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quando à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.

Segundo a doutrina, enquanto o Sistema de Filadélfia ainda predominava na Europa (Inglaterra, Alemanha e Bélgica), o Auburniano era utilizado nos Estados Unidos, mas como estes sistemas não eram satisfatórios, foram muito criticados e repudiados, desaparecendo em sua forma original em menos de meio século.

Muakad¹⁰¹ salienta que o grande precursor da humanização do tratamento dos presos e um dos maiores críticos do Sistema de Auburn foi o coronel Manuel Montesinos Y Molina, que em 1834, na Espanha, colocou em prática suas idéias, defendendo o sentido reeducador e de readaptação da pena, quando nomeado diretor do presídio San Augustin, em Valência. Condenando a exploração do preso, defendia a remuneração do seu trabalho. Implantou oficinas variadas, pagando-se o que ali se produzia; criou o pecúlio a ser usado no reinício da vida em liberdade; aboliu os castigos corporais, considerando-os humilhantes, perniciosos e funestos e impediu a imposição arbitrária de castigos por parte dos funcionários do sistema, antecipando-se às garantias da execução penal defendidas nos dias modernos.

Segundo a referida autora, Montesinos

[...] procurou inculcar o respeito à pessoa do preso e desenvolver o senso de responsabilidade em cada um, chegando a conceder permissões para saídas. Ultimou reformas no presídio, que funcionava num velho convento, transformando-o em uma casa limpa, cômoda, sem meios especiais contra evasão, sendo desprezível o número de fugas, apresentando uma forma arquitetônica que o tornava semelhante às prisões de segurança mínima. As regras ali estabelecidas são consideradas por muitos como sementes dos regulamentos penitenciários ou códigos de execuções penais de hoje.¹⁰²

¹⁰¹ MUAkad, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 48

¹⁰² MUAkad Irene Batista. *Op. cit.*, p. 48

2.2.3. Sistema Progressivo (inglês e irlandês)

Após o fracasso dos sistemas filadélfico e auburniano, surge a idéia da combinação de regimes, partindo-se do mais severo ao mais suave, surgindo o chamado sistema progressivo, que não passava de uma sucessão organizada de regimes.

O professor Prado¹⁰³ leciona que esse sistema teria surgido na Espanha, na abadia Montesinos, e na Inglaterra no século XIX, com o Capitão da Marinha Real Inglesa, Alexander Maconochie, ao publicar, em 1838, *Thoughts on convict management*¹⁰⁴, obra que relacionava a duração da sentença e as condições da prisão ao bom comportamento do condenado, criando o *mark system*, marcas ou pontos que, segundo muitos autores, guardam nítida semelhança com o sistema de remição adotado pela legislação brasileira. Aplicou-o pela primeira vez em 1840, na colônia penal de Norfolk, mudando a vida dos presos vindos da Inglaterra em condições deploráveis. Segundo diferentes concepções, Sydney é uma cidade fundada por prisioneiros, uma vez que a Austrália foi escolhida pela Inglaterra como local ideal para a construção de vários presídios.

Porém, o renomado jurista Aníbal Bruno¹⁰⁵ afirma que,

A rigor, a origem desse sistema não foi definitivamente esclarecida. Ao que parece, foi iniciado por Maconochie, possibilitando a cada preso melhorar sua condição e diminuir a duração da pena, e Crofton completou-o, introduzindo a série de estágios de melhoria progressiva, com a meia-liberdade e o livramento final sob vigilância.

De acordo com as lições de Muakad¹⁰⁶,

a duração da pena não dependia apenas da sentença condenatória, mas da gravidade do delito e do aproveitamento que o preso demonstrava pelo trabalho e boa conduta, recompensando-os com vales diários, deduzindo-se

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁴ Obra citada por vários autores brasileiros, como Manoel Pedro Pimentel e E. Magalhães Noronha, entre outros.

¹⁰⁵ *Apud* MUKAD, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

pelo mesmo processo as despesas de manutenção e faltas cometidas. Ao obter um certo número de marcas, era posto em liberdade. O aperfeiçoamento moral do condenado deveria decorrer de sucessivas fases alcançadas pouco a pouco. Era dupla, portanto, sua meta: estimular a boa conduta e a adesão do recluso ao regime e despertar-lhe o ânimo para alcançar, aos poucos, sua reforma moral e preparo para a futura vida livre. A sorte do condenado ficava, assim, em suas próprias mãos, podendo progredir ou regredir no sistema de acordo com as suas atitudes.

O tempo de cumprimento da pena era dividido em três períodos: no primeiro período, chamado de prova, o isolamento celular era completo, visando-se a meditação do preso sobre seu crime. Recebia a visita dos funcionários da penitenciária que o influenciavam com idéias moralizadoras.

O segundo período era o mais extenso. Começava com permissão ao preso de trabalhar junto com os demais em silêncio, impondo-se o isolamento noturno. Depois de algum tempo, era transferido para as chamadas “*public work-houses*” com maiores vantagens.

No terceiro período, o prisioneiro obtinha o *ticket of leave*, ou benefício condicional, concedido àquele que mostrava condições de usufruir da liberdade antes do término da pena.

Tal forma de execução da pena foi bem recebida, passando a vigorar em inúmeras prisões da Inglaterra, daí o nome de sistema progressivo inglês.

Esse sistema, ensina Muakad¹⁰⁷,

[...] foi aperfeiçoado por Walter Crofton em 1854, quando foi nomeado diretor de prisões na Irlanda, passando a ser conhecido também como sistema progressivo irlandês. O primeiro estágio durava nove meses de isolamento celular. Posteriormente, o preso era enviado para a execução de obras públicas, aplicando-lhe o critério de marcas ou pontos, pelo qual evoluía por cinco classes, podendo acelerar seu progresso pelo bom comportamento e dedicação ao trabalho. O terceiro estágio era uma espécie de teste para a liberação. Não havia vigilância e supervisão nem medidas disciplinares nas colônias agrícolas ao ar livre, podendo, no entanto, regredir a etapas anteriores caso suas atitudes exigissem, ou obter

¹⁰⁷ MUAKAD, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 48.

o *ticket of leave*, a liberdade condicional por mérito, cabendo revogação pelo mau comportamento.

Segundo Pimentel¹⁰⁸, o sistema irlandês progredia, assim, de acordo com o ganho de vales merecidos e compreendia quatro períodos:

O Penal, cumprido na cela; **Da Reforma**, com isolamento noturno e reunião durante o dia para o trabalho e o ensino; **Intermediário**, com trabalho em comum, usando roupas civis e desempenhando alguns encargos externos como trabalhadores livres, tendo como única obrigação pernoitar no estabelecimento; **Liberdade Provisória**, que se tornava definitiva pelo bom comportamento (grifo do autor).

Esta Forma de execução penal difundiu-se rapidamente. O livramento condicional como estímulo ao condenado entrou, aos poucos, nas legislações modernas, influenciando as modificações posteriores dos regimes americano e europeu e repudiando por completo o sistema celular absoluto.

2.3. O SISTEMA PROGRESSIVO NO BRASIL

Dentre os sistemas citados, adotou-se no Brasil, no Código Penal de 1940, o sistema progressivo irlandês, porém com significativas mudanças em relação ao original.

Segundo Lyra, *apud* Prado¹⁰⁹, as mudanças realizadas no sistema foram tantas que o Código Penal de 1940 adotou:

[...] um sistema progressivo e não o sistema progressivo, construindo, com uma progressão original, flexível e realista, o sistema progressivo brasileiro. Não prestou obediência a qualquer esquema preestabelecido. De maneira geral, quer quanto ao número, quer quanto ao ritmo, quer quanto à essência, não se subordinou à rigidez de períodos incompatíveis com a individualização executiva da pena e com a contínua transformação da ciência penitenciária.

¹⁰⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 533.

Porém, originalmente, o Código Penal de 1940 conferia a progressividade apenas aos condenados a pena de reclusão, que englobava quatro fases, conforme ensina Prado¹¹⁰:

O recluso, inicialmente, passava por um período de isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses (art. 30, *caput*); em um momento posterior, poderia trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em obras ou serviços públicos, fora dele, sujeitando-se a isolamento noturno (arts. 29, § 1º, e 30, § 1º); o recluso de bom procedimento poderia ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar, desde que cumpridos metade da pena (quando igual ou inferior a três anos) ou um terço desta (se superior a três anos) – artigo 30, § 2º; já o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena de reclusão superior a três anos, se atendidos os requisitos do art. 60 [...]

A pena de detenção, segundo preconiza Muakad¹¹¹,

[...] possuía um regime *sui generis*, no qual o condenado não estava sujeito ao período inicial de isolamento celular, conforme o previsto no art. 31 e, amparado pelo parágrafo único deste artigo, podia escolher o trabalho, inclusive o de natureza agrícola, que era reservado ao terceiro estágio das penas de reclusão.

Esse sistema perdurou até a vigência da Lei 6.416/1977, que introduziu significativas mudanças no sistema progressivo brasileiro¹¹², a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos (art. 30); b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto e aberto) – art. 30, § 2º; c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu (art. 30, § 2º, inciso I, *a e b*); d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.

Conforme afirma Prado¹¹³,

[...] com a reforma da Parte Geral do Código Penal e a edição da Lei de Execução Penal, em 1984, houve uma valorização do sistema progressivo. De fato, além de dependente do atendimento de exigências formais (motivação da decisão; oitiva prévia do Ministério Público; parecer da

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ MUKAD, Irene Batista. *Op. cit.*, p. 53.

¹¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo : Atlas, 2007, p. 387.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 534.

Comissão Técnica de Classificação; exame criminológico, quando necessário), a progressividade encontra-se, de acordo com a legislação, subordinada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior.

Todavia, com a vigência da Lei 10.792/2003, suprimiu-se a necessidade do exame criminológico bem como o parecer da Comissão Técnica de Classificação como requisito para a progressão de regime. Dessa forma, passaram a ser exigências formais: a decisão motivada e prévia manifestação do Ministério Público e do defensor do condenado (art. 112, § 1º, LEP).

Atualmente, a progressão encontra-se subordinada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e a necessidade do preso ter mérito, aferido pelo bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão, além de outros elementos julgados relevantes no caso concreto (art. 112, *caput*, LEP).

2.4. REGIMES PRISIONAIS

Dispõe o art. 33, *caput* do Código Penal, que as penas privativas de liberdade deverão ser cumpridas em três regimes, quando de reclusão, a saber: fechado, semi-aberto e aberto; e em dois, quando de detenção: semi-aberto e aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado (art. 33, CP e art. 118, LEP).

O regime inicial da execução da pena, será determinada pelo juiz da sentença, com base em critérios objetivos (art. 33, CP e art. 111, LEP) e subjetivos (art. 59, CP).

Assim, conforme ensina Greco¹¹⁴,

[...] a escolha do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal,

¹¹⁴ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 549.

principalmente no que diz respeito à última parte do referido artigo, que determina que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

2.4.1. Regime fechado

De acordo com o artigo 33, § 1º, “a”, do Código Penal, o regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, nas chamadas penitenciárias. Devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento e presos reincidentes¹¹⁵. Os condenados à pena superior a oito anos, mesmo que não reincidentes, deverão obrigatoriamente iniciar seu cumprimento em regime fechado (art. 33, § 2º, “a”).

O regime fechado caracteriza-se pela limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre eles.¹¹⁶ Prevê o isolamento do condenado no período noturno e trabalho em comum durante o dia, conforme suas aptidões e ocupações anteriores, desde que compatíveis com a privação da liberdade¹¹⁷. O condenado deve ser alojado em cela individual, com dormitório, lavatório, aparelho sanitário e que deverá ter condições de habitabilidade humana, como salubridade, aeração, condicionamento térmico e área mínima de seis metros quadrados (arts. 87 e 88, LEP).

A Lei de Execução Penal estabelece, nos artigos 31 a 35, que trabalho interno é obrigatório, em jornada diária não inferior a seis, nem superior a oito horas, sendo assegurado o descanso nos domingos e feriados, sendo considerados os dias

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 7 ed. São Paulo : Atlas, 2004, p. 174.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 51.

trabalhados para efeitos de remição da pena, na proporção de um dia remido para cada três de trabalho.

Conforme destaca Teles¹¹⁸:

O art. 34 do Código Penal prevê a possibilidade de o condenado em regime fechado trabalhar fora da penitenciária, em serviços ou obras públicas. Os arts. 36 e 37 da Lei de Execução Penal regulam o trabalho externo, que, é óbvio, será remunerado, e tem como requisito o cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena. Evidentemente, o trabalho externo merecerá rígida fiscalização, para evitar fugas e manter a disciplina.

Dispõe, ainda, o citado artigo 34 que o condenado deverá ser submetido, no início do cumprimento pena em regime fechado, a exame criminológico de classificação para que possa ser feita a individualização da execução.

Por fim, estabelece o artigo 120 da LEP, que os condenados que cumprem pena no regime fechado, assim como no semi-aberto e os presos provisórios, poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão, e quando houver necessidade de tratamento médico, pelo tempo necessário à finalidade da saída e a permissão poderá ser concedida pelo próprio diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

2.4.2. Regime semi-aberto

O código Penal estabelece, em seu art. 33, § 1º, “b”, c/c art. 91 da LEP, que no regime semi-aberto que a execução da pena se dará em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Poderá iniciar o cumprimento da pena em tal regime os condenados não reincidentes, cuja pena seja superior a quatro anos e que não exceda a oito (art. 33, § 2º, “b”).

¹¹⁸ *Ibidem*.

Caracteriza esse regime, a menor preocupação com a segurança e vigilância, “fundando-se, principalmente na capacidade de senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios de seu *status*, em especial, o de trabalhar, submeter-se à disciplina e não fugir”.¹¹⁹

No regime semi-aberto, o trabalho interno também é obrigatório, podendo ser autorizado o trabalho externo, ainda que em obras ou serviços particulares, no que difere do regime fechado, porém mediante remuneração, sendo, também, desnecessária a vigilância. Poderá, também, o condenado freqüentar cursos supletivos profissionalizantes e de instrução de segundo grau ou superior¹²⁰.

O condenado do regime semi-aberto poderá obter permissão de saída temporária, sem vigilância direta, por prazo não superior a sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano, para visitar familiares e para participar de atividades que proporcionem condições para o retorno ao convívio social. A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, tendo como requisito o comportamento adequado do condenado, o cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente, e a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (arts. 122 a 125, LEP).

2.4.3. Regime aberto

O regime aberto destina-se ao cumprimento inicial de pena dos condenados – a pena de reclusão ou detenção - não reincidentes, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, bem como aos condenados que, tendo cumprido pelo menos um sexto de suas penas no regime anterior e tendo bom comportamento carcerário, façam jus à progressão para o referido regime (art. 33, § 2º, “c”, CP e art. 112, LEP).

¹¹⁹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 175.

¹²⁰ Teles critica a redação desse dispositivo dizendo que, “inexplicavelmente, a lei não permite, expressamente, a freqüência ao curso de 1º grau, ou de alfabetização, mas é claro que essa omissão não impedirá, em nenhuma hipótese, a freqüência ao ensino primário (*Op. cit.*, p. 52).

O regime aberto, conforme prevê o art. 33, § 1º, “c”, deverá ser cumprido na Casa do Albergado, que, nada mais é do que uma prisão simples noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra a fuga. A segurança em tal estabelecimento resume-se no senso de autodisciplina e responsabilidade do condenado e constitui-se em uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, ou prisão noturna ou semi-liberdade.¹²¹

Segundo Albergaria¹²²,

[...] nesse regime deposita-se plena confiança no condenado, pois há prova de que não regredirá no processo de ressocialização. Há ausência de precaução sobre segurança e vigilância, em razão da aceitação voluntária da disciplina e do senso de responsabilidade do condenado. No regime aberto, propõe-se a realização intensiva de formação escolar e profissional e a reinserção social progressiva, notadamente a reinserção profissional.

O art. 114 da Lei de Execuções Penais estabelece, como critério objetivo, que somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: a) estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente (inciso I); b) apresentar, pelo seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (inciso II).

A doutrina, porém, critica duramente as condições impostas pelo inciso I do referido artigo, conforme leciona Teles¹²³:

A falta de comprovação do exercício de atividade laborativa ou da possibilidade de fazê-lo imediatamente, num país de desempregados e que ainda não teve sua economia completamente estabilizada, não pode ser empecilho para a concessão do regime aberto. Seria desumano, injusto, absurdo, ilógico, irracional, manter o condenado que fizer jus ao regime aberto, em regime mais severo, sem, pelo menos, lhe facultar a oportunidade de procurar uma atividade laboral lícita. Seria um contra-senso, a negação do próprio sistema, que busca a reinserção do condenado no meio social.

¹²¹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 176.

¹²² ALBERGARIA, Jason. *Apud* TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 53.

¹²³ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, pp. 53-54.

Nesse diapasão, necessário se faz, também, mencionar o entendimento do ilustre jurista Greco, que proclama¹²⁴:

Note-se que a Lei de Execução penal fala em trabalho, e não em emprego. Portanto, mesmo que o condenado exerça uma atividade laboral sem registro, a exemplo de venda de produtos de forma autônoma, faxina em residências, lavagem de carros, etc., poderá ser inserido no regime aberto. Isso porque o desemprego é uma desgraça que assola nosso país. Não podemos exigir do condenado que consiga uma colocação no mercado de trabalho, após a sua condenação, competindo igualmente com aqueles que mantêm uma folha penal sem anotações. Isso seria impedir, por vias oblíquas, a concessão do regime aberto.

Por fim, o regime aberto, conforme sintetizam Moraes e Smanio¹²⁵,

[..] é o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade no qual o condenado trabalha, estuda ou dedica-se a outras atividades lícitas fora do estabelecimento, durante o dia, sem escolta ou vigilância, e se recolhe à Casa do Albergado à noite e nos dias em que não deva exercer tais misteres.

2.5. DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Como visto, durante o cumprimento de sua pena o condenado poderá fazer jus a uma série de benefícios legais. O livramento condicional, como derradeira etapa do sistema progressivo, permite que o condenado abrevia sua reinserção no convívio social, cumprindo parte de sua pena em liberdade, desde que presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, mediante o cumprimento de determinadas condições.

O livramento condicional está previsto nos artigos 83 a 90 do Código Penal e nos artigos 131 a 146 da Lei de Execuções Penais e, conforme leciona Rogério Greco¹²⁶, “assume papel de grande importância na ressocialização do condenado, fazendo com que tenha esperança de um retorno mais abreviado à sociedade, evitando sua prolongada permanência no cárcere”.

¹²⁴ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 560.

¹²⁵ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 177.

¹²⁶ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 704.

2.5.1. Origem e evolução do livramento condicional

O instituto do livramento condicional teria surgido na França, na primeira metade século XIX, quando, em 1832, começou a ser aplicado aos menores detentos da prisão de Petite Roquette, em Paris e, mais tarde, no presídio de Valença, por Montesinos, em 1835, eximindo do cumprimento de um terço da pena os condenados que demonstrassem bom comportamento carcerário.¹²⁷

Todavia, o livramento condicional consolidou-se como a última fase do sistema progressivo inglês e irlandês, em 1857, na qual outorgava-se ao condenado a liberdade provisória (*tickets of leave*), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva através do bom comportamento, conforme assevera Santos¹²⁸:

Coube entretanto à Inglaterra alcançar o êxito que disseminou a prática do livramento condicional pelo mundo afora, sendo que a experiência frutuosa iniciou-se em 1829 nas possessões da Oceania. Os resultados felizes que a coroaram nas terras longínquas da Austrália se refletiram na adaptação advogada na Escócia, em 1839, pelos irmãos FEDERICK e DAVENPORT HILL e a adoção na penitenciária construída de 1840 a 1842 em Pentonville, lugar próximo a Londres, finalmente a integração no sistema aplicado por WALTER CROFTON em 1853, ao regime carcerário da Irlanda.

O livramento condicional experimentado com êxito na Colônia foi adotado em cada uma das partes do reino insular, constituindo a outorga do "*ticket of leave*", carta de licença revogável que se conferia aos bons reclusos.

Apesar de ter surgido na Europa, o sistema alcançou mesmo sua maturação nos Estados Unidos, conforme ensina Luiz Regis Prado¹²⁹:

Foi, porém, nos Estados Unidos da América que o livramento condicional – denominado *parol system* – alcançou maior desenvolvimento. Implantada

¹²⁷ GARRAUD, R. *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 653.

¹²⁸ SANTOS, Brasilino Pereira dos. **O livramento condicional e o conselho penitenciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5161>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 654.

em 1876, a *parole* consiste na liberação antecipada do condenado que, mediante fiscalização e sob determinadas condições, cumpre o restante da pena de prisão em liberdade condicional.

No Brasil, os primeiros lineamentos do livramento condicional foram traçados pelo Código Penal de 1890, nos artigos 50 a 52, que assim dispunham¹³⁰:

Art. 50. O condenado à prisão celular por tempo excedente de seis anos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, a fim de aí cumprir o restante da pena.

§ 1º. Se não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde saiu.

§ 2º. Se perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dois anos.

Art. 51. O livramento condicional será concedido por ato do poder federal, ou dos Estados, conforme a competência respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciário, o qual justificará a conveniência da concessão em minucioso relatório.

Parágrafo Único. O condenado que obtiver livramento condicional, será obrigado a residir no lugar que for designado no ato da concessão e ficará sujeito à vigilância da polícia.

Art. 52. O livramento condicional será revogado, se o condenado cometer algum crime que importe pena restritiva de liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida.

Porém, conforme ensina Costa, *apud* Santos¹³¹, um dos mais festejados monografistas sobre o assunto, a liberdade condicional na execução das penas, apesar de prometida desde o Código Penal de 1890, só veio a ser praticada com o Decreto nº 16.665/1924.

Ainda, segundo, afirma Prado¹³²,

¹³⁰ SANTOS. *Op. cit.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5161>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 655.

O sistema instituído no Brasil associava a intervenção administrativa à judiciária – responsável pelo julgamento dos pedidos encaminhados através do Conselho Penitenciário – limitando a concessão do benefício aos condenados a penas restritivas de liberdade por tempo não inferior a quatro anos. Com o advento do Decreto 24.351/1934, o livramento condicional estendeu-se aos condenados por uma ou mais penas superiores a um ano. A nova disciplina instituída por esse diploma, ao reduzir a aplicação da suspensão condicional da pena e ao possibilitar a soma de penas curtas de privação de liberdade, foi motivo de severas críticas doutrinárias¹³³.

O Código Penal de 1940 (arts. 60 a 66) – redação anterior – modificou aquele tratamento, determinando a concessão do livramento condicional ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos (art. 60, *caput*), atendidos certos requisitos. Demais disso, admitia a soma das penas correspondente a crimes autônomos, desde que fosse qualquer delas superior a três anos (art. 60, parágrafo *único*). Constatou-se, porém, que ao condenado a pena superior a dois anos e inferior a três anos vedava-se, a um só tempo, a suspensão condicional da pena (art. 57, *caput*) e o livramento condicional (art. 60, *caput*). Tal incoerência foi posteriormente reparada com a Lei 6.419/1977, que, imprimindo substanciais alterações à disciplina do livramento condicional, previa sua concessão ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos.

2.5.2. Conceito e natureza jurídica

Segundo Prado¹³⁴, o livramento condicional “consiste na liberação do condenado após o cumprimento de parte da sanção penal aplicada em estabelecimento penal, desde que cumpridamente observados os pressupostos que regem a sua concessão e sob certas condições previamente estipuladas”.

¹³³ Nesse sentido: “O Brasil caracterizou, originalmente, o instituto, associando a intervenção administrativa, através, sobretudo, do *Conselho Penitenciário* – criação brasileira – e a judiciária, conferido a esta o julgamento e àquele a instauração e a crítica dos pedidos, bem como a vigilância.” (LYRA, Roberto. *Apud* TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 415).

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 655.

Para Capez¹³⁵, o livramento condicional “consiste em uma antecipação provisória da liberdade do condenado, satisfeitos certos requisitos e mediante determinadas condições”.

Já o professor Noronha¹³⁶ conceitua o livramento condicional como “a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir o preso”.

Segundo a natureza jurídica, Bruno¹³⁷ leciona que o livramento condicional, contrariamente ao propugnado por parte da doutrina, “não se trata de libertação antecipada, mas de um estágio do sistema penitenciário, que importa na progressiva adaptação do condenado a uma existência dentro do Direito e termina por esse momento de passagem entra a prisão e a liberdade”.

Nesse contexto, Távora e Sampaio¹³⁸ comentam que:

Não deixa de ser uma forma de provocação, de teste, ao mesmo tempo em que é um estímulo, pois permite ao condenado encurtar a saída da prisão, desde que atenda aos requisitos legais, e como em todo jogo, iniciada a prova, com a colocação extra-muros, uma vez descumpridas as condições, teremos o retorno a clausura. É a última etapa do comprimento da pena, em que o executado merecedor é colocado no laboratório da vida em sociedade, do qual outrora foi retirado, sendo que agora com a incumbência de provar a si e ao julgador que está apto à volta.

Para Mirabete¹³⁹, o benefício pressupõe, essencialmente, o reajustamento social do criminoso, porque seu comportamento carcerário e suas condições revelam que os fins reeducativos da pena foram atingidos, e que trata-se de um direito do sentenciado que, preenchidos os seus pressupostos deve ser concedido pelo juiz ao sentenciado.

¹³⁵ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 478.

¹³⁶ *Apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 235.

¹³⁷ *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, pp. 655-656.

¹³⁸ TÁVORA, Nestor; SAMPAIO, Alex. **Livramento condicional: um estudo aprofundado**. In CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras complementares de execução penal**. Salvador : JusPODIVM, 2006, p. 113.

¹³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. *Op. cit.*, pp. 335-336.

2.5.3. Pressupostos para o livramento condicional

Os pressupostos necessários para a concessão do livramento condicional estão previstos no art. 83 e parágrafos do Código Penal. São eles tanto de ordem objetiva quanto de ordem subjetiva.

2.5.3.1. Pressupostos objetivos

a) Quantidade da pena aplicada: a pena deve ser igual ou superior a dois anos (art. 83, *caput*), admitindo-se, para tanto, a soma das penas aplicadas que correspondam a infrações diversas, ainda que referentes a processos distintos (art. 84)¹⁴⁰. Esse também é o entendimento do renomado Professor Damásio E. de Jesus¹⁴¹, que ensina:

Assim, no caso de reiteração criminal, em que as penas são unificadas, não importa que nenhuma delas seja igual ou superior a dois anos, desde que o quantum unificado satisfaça a exigência legal. Esse princípio é também aplicável às hipóteses de penas aplicadas em face de concurso de crimes, num só processo ou em processos diversos.

b) Cumprimento de parte da pena: o condenado deverá ter cumprido mais de um terço da pena, desde que tenha bons antecedentes e não seja reincidente em crime doloso (art. 83, inciso I), e mais da metade se o condenado for reincidente (art. 83, inciso II). Porém, tratando-se de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, o sentenciado deverá ter cumprido mais de dois terços da pena, se não for reincidente específico em crimes dessa natureza (art. 83, inciso V)¹⁴²;

¹⁴⁰ Nesse sentido, Luiz Regis Prado ensina que, “em se tratando de pena inferior a dois anos, a media cabível, em tese, é a suspensão condicional da pena; a pena igual a dois anos, por sua vez, admite, a princípio, a outorga tanto do *sursis* quanto do livramento condicional, a critério da prudente análise do juiz” (*Op. cit.*, p. 657).

¹⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 19 ed. revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 1, p. 546.

¹⁴² O inciso V do art. 83 foi inserido no Código Penal pelo art. 5º da Lei 8.072/90 (Lei de crimes hediondos) e, conforme o entendimento do ilustre professor Mirabete, não se concede a liberdade condicional ao reincidente específico. “De outro lado, como o livramento condicional é matéria penal, por alterar a execução da pena (esta deixa de ser executada e o condenado é posto em liberdade), o disposto no inciso V do art. 83 do CP só pode ser aplicado aos autores de crimes praticados após o

c) Reparação do dano: o sentenciado, para obter o livramento condicional, deverá ter reparado o dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, inciso IV)¹⁴³.

2.5.3.2. Pressupostos subjetivos

Os pressupostos subjetivos para a obtenção do livramento condicional estão previstos no inciso III do artigo 83 do Código Penal. São eles:

a) Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena: segundo Capez¹⁴⁴, a lei exige apenas comportamento satisfatório (menos que bom), ou seja, não ser indisciplinado de modo a empreender fugas (caracterizado falta grave) ou envolver-se em brigas com outros detentos.

Mirabete¹⁴⁵ complementa:

O comportamento que se refere a lei é um índice importante da adaptação social que há de ser aferida por atos positivos do sentenciado, não bastando a simples abstenção de faltas disciplinares; deflui da boa convivência do sentenciado com os companheiros de prisão, da aplicação no trabalho ou no estudo, do intercâmbio com a família etc.

b) Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído: de acordo com Mirabete¹⁴⁶, esse requisito “é mais um indicativo da importância atribuída pelo legislador à laborterapia como um dos fatores de ressocialização do delinquente”.

início da vigência da Lei nº 8.072/90. A isso obriga o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa consagrado no art. 5º, XL, da Constituição Federal” (MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, pp. 336-337).

¹⁴³ Segundo Mirabete, “por dano causado pelo crime há que se entender o prejuízo que o agente causou à vítima, sendo insuficiente a demonstração pelo interessado da inexistência contra si de qualquer espécie de ação civil de cobrança ou indenização” (MIRABETE, J. F. *Op. cit.* p. 337).

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 481.

¹⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

c) Aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto: a respeito deste pressuposto, assim aduz o ilustre jurista Mirabete¹⁴⁷, com sua habitual eloquência:

Referindo-se a lei não só ao trabalho, mas também à possibilidade de cursos profissionalizantes, presume-se que, com o esforço do condenado, pode ele deixar a prisão com condições de prover a subsistência própria no desempenho de atividade laborativa e honesta. As intenções do legislador, porém, estão muito além da realidade carcerária em decorrência da dificuldade encontrada para a laborterapia e a profissionalização no cárcere. Comprovando-se, porém, que o sentenciado tem promessa de emprego, o pressuposto está preenchido.

Todavia, apesar de a maior parte da doutrina classificar estes pressupostos separadamente, como aqui apresentado, Salles Júnior¹⁴⁸ entende que o pressuposto subjetivo é um só: o bom comportamento carcerário, pois o mesmo abrange o “comportamento satisfatório no curso da execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”.

Por fim, para a concessão do livramento condicional, existe ainda o requisito do parágrafo único do mencionado art. 83 do CP, que reza: “para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”. A respeito desse requisito, necessário se faz trazer a lume o entendimento do ilustre professor Silva¹⁴⁹, que preconiza:

Esta constatação pode ocorrer através de qualquer meio de prova, uma vez que a lei não especifica a necessidade de realização de perícia. Porém, embora não se exija, também não se impede que o juiz determine a realização de exame psiquiátrico ou criminológico para a constatação, uma vez que trata-se de meio de prova legítima para a formação do convencimento do magistrado.

¹⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁴⁸ JÚNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Curso completo de direito penal**. 5 ed. rev. e aum. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 112.

¹⁴⁹ SILVA, Jorge Vicente. **Execução penal**. Curitiba : Juruá, 1997, p. 40.

Esse requisito, porém, no dizer de Costa Junior¹⁵⁰, “trata-se pressuposto específico”.

2.5.4. Concessão e condições

De acordo com o art. 712 do Código de Processo Penal, o livramento condicional poderá ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário. A competência para a concessão do livramento condicional, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, é do juiz da execução (art. 63, III, “e”, e art. 131 da LEP), e, conforme ensina Mirabete¹⁵¹, “não há necessidade de o pedido ser efetuado por procurador judicial”.

Exige-se, porém, obrigatoriamente, um parecer a respeito da admissibilidade, conveniência e oportunidade do benefício pelo Conselho Penitenciário. Embora a Lei nº 10.792, de 1º-12-2003, na nova redação dada ao art. 70, inciso I, tenha excluído a referência ao parecer do Conselho Penitenciário do rol de suas atribuições, permanece a exigência diante do que dispõe o art. 131.¹⁵²

Prevê ainda o referido dispositivo, a oitiva prévia do Ministério Público, sendo exigida, também, conforme dispõe o art. 112, § 2º, em sua nova redação, a prévia manifestação da defesa e a motivação da decisão, aplicando-se ao livramento condicional a norma contida no § 1º, que se refere ao procedimento para a progressão de regime.

Com relação às condições para a concessão do livramento condicional, estas dividem-se em obrigatórias e facultativas.

2.5.4.1. Condições obrigatórias

¹⁵⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Apud* SILVA, Jorge Vicente. *Op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. *Op. cit.*, p. 571.

¹⁵² *Ibidem*.

As condições obrigatórias são impostas pela Lei de Execuções Penais, em seu art. 132, § 1º, e são:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação;
- c) não mudar de território da Comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização do juiz.

2.5.4.2. Condições facultativas

As condições facultativas são meras sugestões da lei e estão elencadas no art. 132, § 2º, podendo ser impostas ao liberado, entre outras obrigações (art. 85, CP), a critério do juiz:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida de observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.

As obrigações facultativas, conforme dispostos no art. 144 da LEP, podem ser alteradas pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, ouvindo-se previamente o liberado.

2.5.5. Revogação do livramento condicional

As hipóteses de revogação do livramento condicional estão previstas no art. 86 e 87 do Código Penal e subdividem-se em obrigatórias e facultativas.

3.5.5.1. Revogação obrigatória

De acordo do o art. 86, revoga-se o livramento condicional se o liberado vir a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício (inciso I), e por crime perpetrado anterior anteriormente à concessão do livramento (inciso II).

Conforme ensinam Távora e Sampaio¹⁵³, o mandamento inserto no I, trata-se de uma sanção imposta àquele que não atribuiu valor ao benefício recebido, demonstrando inaptidão para ser reinserido na vida social fora do cárcere. Com relação ao inciso II, a revogação ocorrerá se a soma do tempo da pena nova mais o saldo do tempo que resta a cumprir da pena anterior não atender aos requisitos necessários à concessão do livramento condicional, conforme disposto no art. 141 da LEP.

2.5.5.2. Revogação facultativa

Conforme dispõe o art. 87 da LEP, o juiz poderá revogar o livramento condicional se o liberado: a) deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, e b) for condenado por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade.

Segundo Mirabete¹⁵⁴, com referência à primeira hipótese, o liberado demonstra que não está readaptado à vida social, não se submetendo às regras estabelecidas pelo juiz e que foram impostas por ocasião da concessão do benefício, e, com relação à segunda, a prática de nova infração, ainda que não

¹⁵³ TÁVORA, Nestor; SAMPAIO, Alex. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. *Op. cit.*, p. 342.

grave, indica a ausência de recuperação e desaconselha a permanência do benefício.

2.5.6. Prorrogação do livramento condicional e extinção da pena

Depreende-se da leitura do art. 89 do CP combinado o art. 145 da LEP, que o juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não transitar em julgado a sentença prolatada no processo que apura crime cometido na vigência do livramento condicional, ficando o curso do benefício suspenso enquanto tramita a apuração da infração. Se o liberado for condenado pela prática do novo crime, o benefício será revogado; se for absolvido e houver concluído o período de prova, o juiz declarará a extinção da punibilidade em relação à pena imposta em consequência do crime anterior (LEP, art. 146)¹⁵⁵.

Todavia, o professor Bitencourt¹⁵⁶, ao contrário da maioria doutrinária, não concorda com o termo prorrogação, afirmando:

Em realidade não há prorrogação de livramento condicional algum. Apenas diz a lei, não pode ser declarada extinta a pena privativa de liberdade, pois, se houver condenação, será revogada a liberdade condicional que estava suspensa, e o tempo correspondente ao período de prova não será considerado como de pena cumprido.

Terminado o período de prova sem a revogação do livramento condicional, a pena privativa de liberdade devera ser extinta, conforme dispõe o art. 90 do Código Penal e art. 146 da Lei de Execuções Penais.

Nesse contexto, Mirabete¹⁵⁷ ensina que,

Como a pena fica extinta quando se expira o prazo do livramento sem ter ocorrido revogação, deve-se ter como data da extinção o último dia do prazo e não a data em que, nos autos, o juiz a declarar. A extinção da pena

¹⁵⁵ Nesse sentido: JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*, p. 553.

¹⁵⁶ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, v. 1, p. 724.

¹⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. *Op. cit.*, p. 599.

se dá pelo fato, ou seja, pelo término do prazo, e não pela sentença que o reconhece. Assim, por exemplo, para o efeito de reabilitação, o prazo de dois anos deve ser contado a partir da data do término do prazo e não da data em que se decreta a extinção da pena.

Por fim, dispõe ainda o art. 146 da Lei de Execuções Penais, que a extinção da punibilidade poderá ser concedida a requerimento do interessado ou do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário ou de ofício pelo juiz.

3. DO REGIME ABERTO DOMICILIAR

3.1. ORIGEM E FINALIDADE

O regime aberto domiciliar, ou prisão-albergue domiciliar como é chamado por alguns doutrinadores, é aquele cujo local de cumprimento da pena é representado

pela própria residência do sentenciado e fundamenta-se num sistema de auto-responsabilidade do condenado, e caracteriza-se pelo fato de permitir ao condenado cumprir parte de sua pena na própria residência.¹⁵⁸

Segundo as lições de Mirabete¹⁵⁹, a prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº 5.256/1967, com o objetivo de recolher o preso provisório à própria residência nas localidades onde não existir estabelecimento adequado ao recolhimento dos que têm direito à prisão especial e, conforme sentença o renomado autor:

Com a introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº 6.416, de 24-5-77, e diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se com penosas alternativas: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas, não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízes e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena

pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado.¹⁶⁰

3.2. HIPÓTESES PARA A CONCESSÃO

As hipóteses de cumprimento de pena no regime aberto domiciliar estão previstas no artigo 117 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)¹⁶¹, que reza, *ad litteram*:

¹⁵⁸ MUAHAD, Irene Batista. **Prisão Albergue**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 1998, p. 107.

¹⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. *Op. cit.*, p. 467.

¹⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p., 467.

¹⁶¹ Assim dispõe o art. 1º. da Lei de Execução Penal: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I – condenado maior de 70 (setenta) anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada gestante.

E por que somente nestes casos? Qual a razão do legislador em prever estas hipóteses apenas para os condenados maiores de setenta anos, acometidos de doença grave, e condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e gestante?

Quem responde a esses questionamentos, com maestria, são os ilustres professores Moraes e Smanio¹⁶², que ensinam, *verbis*: a) ao prever a possibilidade de prisão-albergue domiciliar ao condenado maior de 70 anos, a lei presume menor periculosidade e as maiores dificuldades desse sentenciado em suportar os rigores da pena; b) a segunda hipótese refere-se ao condenado acometido de doença grave e que já se encontre no regime aberto – a lei presume que a exigência de longo tratamento ou que o rigor da pena possam agravar a situação do sentenciado, colocando sua vida em risco, e possibilita, assim, o cumprimento da pena em sua própria residência; c) com relação à condenada com filho menor ou deficiente, pretende a lei a proteção não da própria sentenciada, mas da criança ou do deficiente que necessita do amparo materno¹⁶³; d) por último, quando se tratar de condenada gestante, a sua finalidade é proporcionar melhores condições de saúde e higiene durante o período de gestação e do parto e que, obviamente, continuará a fazer jus à prisão-albergue domiciliar, uma vez que se encontrará na situação anterior – condenada com filho menor.

Ainda segundo os citados autores, “a enumeração legal é taxativa¹⁶⁴ e não exemplificativa, não podendo o julgador estender o alcance da prisão domiciliar a

¹⁶² MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 190.

¹⁶³ Com referência ao inciso III, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio comentam que há de se notar que, em face do art. 5º, I, da Constituição Federal (“*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”), essa hipótese de prisão-albergue domiciliar também terá aplicabilidade ao sentenciado do sexo masculino, por aplicação analógica, desde que comprove a dependência do filho menor ou deficiente físico ou mental (*Op. cit.*, p. 190).

¹⁶⁴ Segundo o Dicionário Jurídico Universitário, o termo “taxativamente” indica o que é feito, dito ou entendido de maneira definitiva, incontestável, peremptória (NETTO, J. O. *Op. cit.*, p. 593).

hipóteses não previstas na lei”¹⁶⁵. Esse entendimento é corroborado pelo disposto no art. 124 da Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais, que dispõe, *ad litteram*:

Reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão-domiciliar, o Projeto declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou, finalmente, de condenada gestante (art. 117). Trata-se, aí, de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente.

3.3. DA INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO

No caso de inexistência de casa do albergado na comarca, é grande a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da prisão domiciliar – há doutrinadores, bem como vários tribunais, que entendem ser possível a concessão do benefício do regime aberto domiciliar quando não houver estabelecimento adequado na comarca ou, havendo, não existirem vagas suficientes. Uma segunda corrente, porém, entende que o recolhimento do condenado em sua residência durante o repouso noturno e nos dias de folga, ao invés de casa do albergado ou outro local estabelecido pelo juiz, somente poderá ser dispensado na forma estabelecida pelo citado art. 117 da Lei de Execução Penal.

Segundo leciona Silva¹⁶⁶,

Esta exigência na prática tem muitas vezes deixado de ser cumprida pelo fato de que muitos dos Estados, apesar da Lei de Execução Penal ter entrado em vigor há mais de uma década, não se estruturaram construindo casa de albergados ou estabelecimentos similares, para que possam os condenados recolherem-se durante o período noturno e nos dias de folga.

Porém, como afirma Mirabete,

A destinação do condenado em regime aberto à residência particular sem que haja qualquer controle ou fiscalização por parte da Administração, como tem ocorrido, significa a total impunidade pelo crime praticado. A circunstância de, eventualmente, não existir na Comarca a Casa do

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁶ SILVA, Jorge Vicente. **Execução Penal**. *Op. cit.*, p. 35.

Albergado não quer dizer que o Estado deve deixar de executar a pena privativa de liberdade regularmente aplicada. A prisão aberta é apenas um regime de pena e, na falta de instalações adequadas ao seu cumprimento, como solução provisória, o condenado deve ser recolhido à cadeia pública ou outro presídio comum, em local adequado, e não deixado em inteira liberdade. A prisão albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal.¹⁶⁷

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmou posição de que a prisão-albergue domiciliar somente poderá ocorrer nos casos taxativamente previstos no art. 117 da Lei de Execução Penal, conforme julgados abaixo:

A pretensão de ver reconhecido o benefício de prisão domiciliar, por falta de estabelecimento adequado ao seu cumprimento em regime aberto, perde relevo perante a jurisprudência do Supremo Tribunal, no sentido de só admitir esse privilégio nas hipóteses autorizadas pelo art. 117 da Lei nº 7.210-84 (HC nº 73.207-1).¹⁶⁸

Sobre a inexistência de casa do albergado na comarca da execução da pena:

STF: “*Habeas corpus* – Prisão-albergue domiciliar – Inexistência, na comarca, de Casa do Albergado. (...) O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado ‘se houver’, na localidade da execução da pena, Casa de Albergado ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa de Albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, ‘em caráter estrito’ no art. 117 da Lei de Execução Penal (...) A norma legal consubstanciada no art. 117 da Lei de Execução Penal instituiu situações subjetivas de vantagem, que apenas beneficiam aqueles sentenciados cujas condições pessoais estejam nela previstas. Constituindo regra de direito singular, torna-se ela inextensível e inaplicável a situações outras que lhe sejam estranhas. As normas legais positivadoras do regime penal aberto revestem-se de conteúdo programático e só incidirão plenamente, inclusive pra efeito de deferimento do benefício da prisão-albergue, a partir do momento em que se torne materialmente possível, com a existência de Casa de Albergado ou de estabelecimento similar, a execução da pena nesse regime” (RT 731/500).¹⁶⁹

Quanto à impossibilidade de o Estado instituir casa do albergado ou estabelecimento similar:

¹⁶⁷ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. *Op. cit.*, pp. 467-468.

¹⁶⁸ *Apud* MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁹ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 468.

STF: *Habeas corpus*. “Prisão-albergue domiciliar. Inexistência, na comarca de Casa de Albergado. Sentença que condenou o réu a dois anos e oito meses de reclusão como incurso no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, em regime aberto, ‘cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo Juízo da Execução’. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do HC 68.118-2, que o benefício da prisão albergue só poderá ser deferido ao sentenciado ‘se houver’, na localidade da execução da pena, Casa de Albergado ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa de Albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, ‘em caráter estrito’, no art. 117 da Lei de Execução Penal. Decisão idêntica adotou a Corte no HC 68.012-7-SP. Sob esse aspecto, o *habeas corpus* não pode ser deferido. Tendo em conta, todavia, os termos da sentença, não recorrida no ponto pelo Ministério Público, o *habeas corpus* deve ser deferido, em parte, tão-só, para que a decisão seja executada, tal como dispôs a sentença, “em regime aberto cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo Juízo da Execução” (JSTF 212/387).¹⁷⁰

Quanto ao conteúdo programático das normas legais positivadoras do regime aberto domiciliar:

STF: “Nada justifica, fora das hipóteses taxativamente previstas na Lei de Execução Penal (art. 117), a concessão de prisão-albergue domiciliar, sob o funcionamento de inexistência, no local de execução da pena, de Casa de Albergado ou de estabelecimento similar. A norma legal consubstanciada no art. 117 da Lei da Execução Penal instituiu situações subjetivas de vantagem, que apenas beneficiam aqueles sentenciados cujas condições pessoais estejam nela previstas. Constituindo regra de direito singular, torna-se ela inextensível e inampliável a situações outras que lhe sejam estranhas. As normas legais positivadoras do regime aberto revestem-se de conteúdo programático e só incidirão plenamente, inclusive para efeito de deferimento do benefício prisão-albergue, a partir do momento em que se torne materialmente possível, com a existência de Casa de Albergado ou de estabelecimento similar, a execução da pena nesse regime” (JSTF 172/275-6).¹⁷¹

Em face da divergência existente suas diversas Turmas, o Plenário do STF, com o objetivo de pacificar suas jurisprudências, assim decidiu:

STF: “Prisão albergue domiciliar – Art. 117 da Lei de Execução Penal. *Habeas corpus* – Regime aberto. Inexistência de casa do albergado. Recentemente, em 19-12-90, por maioria de votos, o Plenário desta Corte, em face da divergência existente entre suas Turmas, acolheu, ao julgar o HC 68.012, a posição sustentada pela maioria dos integrantes desta Turma, no sentido de que a prisão albergue domiciliar só pode ser concedida nas hipóteses a que alude o art. 117 da Lei 7.210/84. *Habeas corpus* indeferido”

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 469.

(HC nº 68.123-9-DF, 1ª T., v. ún., Rel. Min. Moreira Alves, em 19-2-91, **DJU** de 22-391, p. 3.055).¹⁷²

Não obstante, como visto, a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ser pela não concessão do regime aberto domiciliar fora das hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal, ainda restam divergências entre suas Turmas, tendo, algumas, decidido pela concessão de tal benefício se não houver casa do albergado no juízo da execução. Nesse sentido é o entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual reconhece a possibilidade de conceder a prisão domiciliar onde não exista casa do albergado:

STF: “Prisão albergue domiciliar – Benefício concedido – Fundamentação na inexistência de casa do albergado ou estabelecimento congênere na comarca – condenado que não se encontra nas situações pessoais autorizadas previstas no art. 117 da Lei 78.210/84, porém faz jus ao regime aberto – Direito que não pode ser obstado pelo Estado (...) O condenado que fizer jus a regime aberto tem direito a prisão albergue domiciliar quando inexistir, no Estado, estabelecimento compatível. Precedentes da 2ª Turma do STF. Concessão da ordem. Extensão ao co-réu em igual situação (CPP, art. 580). *Habeas corpus* deferido” (**RT** 674/354).¹⁷³

STF: “*Habeas corpus*. Execução penal. Regime de cumprimento de pena. Regime aberto. Prisão albergue (inexistência). Prisão domiciliar (possibilidade). O paciente submetido a regime aberto faz jus a prisão domiciliar quando verifica-se a absoluta impossibilidade de cumprir sua pena em estabelecimento público compatível. Precedentes da 2ª Turma do STF. Ordem deferida” (**RT** 657/377).¹⁷⁴

STF: “O condenado que fizer jus a regime aberto tem direito a prisão albergue domiciliar, quando inexistir Casa do Albergado onde possa ele cumprir a pena no regime fixado. Precedentes da Segunda Turma” (HC nº 67.767-3 – SP, 2ª T., v. ún. Rel. Min. Célio Borja, em 3-4-90, **DJU** de 4-5-90, p. 3.695 e **RT** 655/373)¹⁷⁵.

Pró-benefício, também, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a ausência de casa de albergado ou estabelecimento similar possibilita a concessão do benefício do regime aberto domiciliar, mesmo fora das hipóteses do art. 117 da LEP, conforme asseveram os professores Moraes e Smanio¹⁷⁶:

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 471.

¹⁷⁴ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 471.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. cit.*, p. 192.

[...] para o Superior Tribunal de Justiça, a prisão-albergue domiciliar é admitida não somente nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execuções Penais, mas também na hipótese de o sentenciado, mesmo tendo direito ao regime aberto, estar impedido de exercê-lo por falta de local apropriado, uma vez que a omissão oficial do Poder Público, no sentido de construir ou adaptar casa para os albergados, não pode prejudicar o sentenciado, e tampouco impor-lhe a situação prejudicial de cumprir a pena em regime mais rigoroso do que aquele que lhe é garantido pela legislação.

Eis alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que corroboram o entendimento dos autores acima mencionados:

STJ: “Prisão albergue domiciliar – Benefício concedido – Fundamentação na inexistência de casa do albergado ou outro local adequado – Admissibilidade se o condenado faz jus ao regime aberto por aplicação analógica do art. 117 da Lei de Execução Penal” (RT 695/396).¹⁷⁷

STJ: “Prisão albergue domiciliar – Benefício concedido – Fundamentação na inexistência de casa do albergado na comarca – Admissibilidade – Sentenciado que faz jus ao regime aberto, não podendo ser penalizado pela incúria do Estado no atendimento das providências determinadas no art. 203, § 2º, da Lei de Execução Penal – Ofensa ao art. 117 da Lei antedita inexistência” (RT 659/326).¹⁷⁸

STJ: “Execução Penal. Prisão albergue. Cumprimento de pena em prisão domiciliar, à falta de casa de albergado ou de outro local adequado. Decorridos mais de cinco anos da edição da Lei de Execução Penal, tempo mais que suficiente, ou o Estado se prepara para a execução penal, como prescrita em lei, ou o juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma destas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão albergue, por aplicação analógica do art. 117 da Lei de Execução Penal, quando inexistir casa de albergado ou outro local adequado. O equívoco destes autos, que já não se pode corrigir ante o trânsito em julgado, está em conceder-se regime aberto a réu perigoso, pela só consideração da quantidade da pena, com infringência das normas dos arts. 33, § 3º, e 59 do Código Penal. Quanto a isso, entretanto, não se insurgiu o Ministério Público, tornando o mal irreparável. Recurso especial do Ministério Público, conhecido pela divergência, mas improvido” (RSTJ 67/350).¹⁷⁹

Entretanto, a maior parte dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Alçada e Tribunais de Justiça Estaduais, tem entendido que fato de o sentenciado ter direito ao regime aberto autoriza o juiz a conceder o regime aberto domiciliar, à revelia do art. 117 da LEP.

¹⁷⁷ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 471.

¹⁷⁸ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 471.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 471-472.

Eis o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual descarta a possibilidade de concessão do regime aberto domiciliar fora das hipóteses do art. 177 da LEP, mesmo se na comarca não existir casa do albergado:

TJRS: “Consoante reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, é inviável a concessão de prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses estritas do art. 117 da Lei das Execuções Penais. Aliás, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado se houver, na localidade de execução da pena, Casa do Albergado ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa do Albergado não autoriza o Poder Judiciário a Conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas em caráter estrito, no art. 117 da Lei de Execução Penal. Deram provimento. Unânime” (**RJTJERGS** 175/85-6).¹⁸⁰

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, baseando sua decisão no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular do condenado:

TACRSP: “Deve prevalecer, por mais consentâneo com a *mens legis* e mais adequado às circunstâncias históricas, o entendimento de que a inexistência de Casa do Albergado não pode e não deve servir de pretexto à concessão de recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular, que o legislador reservou para casos especiais. Aos olhos do bom cidadão, ao qual sobejam razões de descrédito na tutela legal, a execução da pena no ‘doce conforto do lar’, tem a cor, o sabor e o odor da impunidade” (**RJDTACRIM** 13/34).¹⁸¹

TACRSP: “Nem mesmo em caráter excepcional é admissível a concessão da prisão-albergue domiciliar, ainda que presente a omissão do Poder Público, porque tal não faz nascer nem permite outorgar vantagem, regalia ou privilégio indevido. Os abusos na concessão prisão domiciliar, em prejuízo dos mandamentos da sentença, da defesa social e do prestígio da justiça criminal, levaram o legislador a imprimir severidade quanto aos pressupostos e aos requisitos do ingresso em regime aberto. As condições gerais e especiais – modificáveis segundo o bom critério judicial – demonstram que tal regime não pode ser considerado como um mero benefício ou solução premial em holocausto do interesse público” (**RJDTACRIM** 2/45).¹⁸²

Pela inadmissibilidade da concessão de tal benefício são, também, as decisões dos Tribunais Regionais Federais das diversas Regiões:

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 470.

¹⁸¹ *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, pp. 470-471.

¹⁸² *Ibidem*, p. 471.

TRF da 1ª Região: “Pena – Regime prisional – Prisão-albergue domiciliar – Concessão em face da inexistência, no local da execução da reprimenda, de Casa do Albergado ou estabelecimento similar – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 117 da Lei 7.210/84. É inadmissível a concessão de prisão-albergue domiciliar sob o fundamento de não existir no local da execução da pena Casa do Albergado ou estabelecimento similar, uma vez que tal hipótese não se encontra contemplada no art. 117 da Lei 7.210/84” (RT 747/770).¹⁸³

TRF da 4ª Região: “A impossibilidade de o Estado instituir casa de albergado não autoriza a concessão pelo Judiciário, de prisão domiciliar ao condenado a regime prisional aberto fora das hipóteses previstas no art. 117 da Lei 7.210/84, entretanto, havendo recurso exclusivo da defesa, mantém-se o benefício em face do princípio da *non reformatio in pejus*” (RT 753/730).¹⁸⁴

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, também pacificou jurisprudência no sentido de que a ausência de Casa de Albergado ou estabelecimento similar na comarca, não enseja a concessão da prisão-albergue domiciliar aos condenados do regime aberto, que não sejam aquelas hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal, conforme se observa nos julgados abaixo:

Proc. nº: 10001419990020596: Habeas corpus. Prisão-albergue domiciliar. Pretensão inviável ante a existência de casa do albergado no local de execução da pena. Ordem denegada. A prisão domiciliar só é cabível nas hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal, sendo inadmissível a sua extensão a outros casos, máxime quando existe Casa do Albergado no local de execução da pena. O simples fato de estarem os apenados do regime semi-aberto cumprindo pena no mesmo estabelecimento não justifica a concessão da prisão-albergue domiciliar aos detentos do regime aberto, se os apenados ficam separados em alas distintas da casa.¹⁸⁵

Proc. nº: 10001420050086174: Albergue. Estabelecimento inadequado. Prisão domiciliar. As hipóteses de prisão domiciliar são taxativamente previstas na LEP, não comportando o dispositivo dilação, ainda que inexistente estabelecimento penal adequado ou mesmo pelo fato de estarem cumprindo pena, no mesmo local, reeducandos em regime semi-aberto.¹⁸⁶

Proc. nº: 10000220050070071: Agravo em execução de pena. Pena em regime aberto. Cumprimento da pena em casa do albergado. Condições precárias da casa do albergado. Transformação do regime aberto para

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 469-470.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 470.

¹⁸⁵ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. **Jurisprudências.** Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/cj/jsp/lista-acordaos.jsp?pat=50&rpp=50>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

prisão domiciliar. Inadmissibilidade. Agravo provido. Art. 117 da LEP, rol taxativo. O art. 117 da LEP prevê as hipóteses em que se admite a prisão domiciliar. A enumeração é taxativa, não podendo o julgador estender o alcance da prisão domiciliar ao argumento da precariedade das instalações da casa do albergado, onde o apenado cumpre pena em regime aberto.¹⁸⁷

3.4. SOLUÇÃO DADA PELOS ARTIGOS 95 E 203 DA LEP

Não há mágica para a solução do impasse, pois sabe-se que um problema de tal magnitude não se resolve do dia para a noite, porém, algo deve ser feito. Um bom começo seria Estado iniciar a aplicação do disposto no art. 95 da Lei de Execuções Penais, que dispõe: “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras”. Com isso, o Estado estaria proporcionando meios para que os magistrados se ocupassem apenas de sua função natural, a de prover a prestação jurisdicional, o que não tem acontecido, uma vez que no cumprimento desse mister o juiz se depara, muitas vezes, diante de situações imprevistas, que não seria de sua competência, mas que, por força do dispositivo constitucional inserto no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição da República, tem o dever de apresentar uma solução, o que leva, não raras vezes, a assumir o papel do legislador.

Assim, diante da inércia estatal, o magistrado se vê diante de duas situações antagônicas: manter o sentenciado que já conquistou o direito à progressão em regime mais severo, violando, assim, um direito subjetivo do condenado, ou conceder o benefício da prisão domiciliar, em descumprimento ao mandamento do art. 117 da LEP.

Nesse contexto, é todo oportuno mencionar o entendimento dos ilustres professores Mendonça e Ferreira¹⁸⁸, que enfatizam:

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A progressão de pena e a inexistência de vagas em estabelecimento prisional. *In* CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras complementares de execução penal**. Salvador : JusPODIVM, 2006, pp. 146-147.

O impedimento à progressão diante da falta de estabelecimentos penais implicaria na criação, por via transversa, de um regime integralmente fechado por construção jurisdicional, ou seja, o Poder Judiciário transformar-se-ia na condenada figura de Legislador Positivo, o que he é vedado, e, outrossim, atuaria em afronta ao Texto Fundamental.


Destaque-se, ademais, que referida interpretação vai de encontro aos princípios da Hermenêutica, uma vez que existem limites lógicos à atividade do intérprete, “não se admitindo que o julgador se substitua ao legislador, fugindo da literalidade da lei”. Neste ponto, concordamos com André Ramos Tavares, quando ele afirma que “O magistrado (seja um ministro, um desembargador ou um juiz) tem limitado seu campo ao preceito legal. Não pode ir além dele”.

A polêmica ora em estudo gira, também, em torno da omissão do Poder Público na construção de estabelecimentos prisionais, com maior disponibilização de vagas. Resta saber se há razoabilidade na situação em que o reeducando deve suportar a restrição ao seu direito à progressão, com fundamento no descumprimento do dever estatal.

Ante a inércia do Estado em prover vagas necessárias para que os condenados que, mediante o cumprimento das normas e adaptação ao sistema, conquistaram o direito de cumprirem suas penas em regimes mais brandos, cabe aos juízes e tribunais a ingrata tarefa de decidir a quem vai beneficiar e a quem vai prejudicar, se o condenado ou a sociedade.

Nesse sentido, convém trazer a lume o entendimento do ilustre professor Mendonça¹⁸⁹, que preconiza:

[...] Quando um tribunal reconhece a inexistência de vaga em casas de albergado e determina que o condenado fique acautelado em situação mais gravosa do que lhe está garantido por força de lei, nos dá, como se pretende demonstrar, a uma clara mensagem: não concebo o recluso enquanto sujeito de direito [...] Não é possível sobrepor o direito à segurança às garantias reservadas ao condenado e consagradas na execução penal, justificando que o primeiro é de natureza pública e o segundo privada. O direito público subjetivo do condenado, no caso aqui estudado, tem também natureza pública porque se reduz à legalidade da execução criminal. Consideramos a legalidade da execução penal um corolário do princípio da legalidade da pena. Do contrário, chegaríamos ao absurdo de concluir que a pena não é algo certo [...] Desconsiderar o

¹⁸⁹ MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. **Prisão domiciliar e a ausência de vaga em casas de albergado: posição jurídica do condenado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 893, 13 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7677>>. Acesso em: 29  fev. 2008.

condenado enquanto sujeito de direito é consequência de seu processo de demonização que nos remete às raízes mais autoritárias do direito [...]

Em contrapartida, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), em seu art. 203, dispõe sobre o dever do Poder Público em adotar medidas com vistas à efetiva aplicação de seus dispositivos, cominando, inclusive, sanções aos Estados que descumprirem seus mandamentos, nesses termos:

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1º. Dentro do mesmo prazo deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º. Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3º. O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4º. O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

Porém, de que adianta a um país ter uma legislação penal e penitenciária avançada, como é o caso da Lei de Execução Penal, a qual goza de *status* de excelência entre os mais conceituados juristas nacionais e internacionais, se o próprio Estado não a cumpre ou proporciona meios para o seu efetivo cumprimento.

Nesse diapasão, face à persistente tradição no descumprimento das normas legislativas pelo Poder Público brasileiro, o Ministro Néri da Silveira¹⁹⁰ salientou:

Não há dúvida de que se faz *mister* enfrentem as autoridades federais e estaduais esse grave problema de descumprimento oficial à legislação sobre execução penal, acarretando para os condenados grave dano pessoal e desatendendo, assim, o País, regras e recomendações de política

¹⁹⁰ HC 68.118-2, p. 248.

penitenciária de âmbito internacional. Cumpre-se adotar. Com urgência, plano prioritário de construção de casas de albergados ou estabelecimentos adequados a fim de o Brasil também seguir a trilha dos Estados de Direito, onde se proclama que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, consoante prescreve o art. 38 do Código Penal.

Diante dessa inércia estatal, que degrada e corrói os princípios basilares do sistema jurídico pátrio e que ignora os direitos mais básicos e fundamentais do indivíduo, tal como o direito à segurança, à vida e à dignidade da pessoa humana, surgem, por parte das mais diversas escolas doutrinárias, inevitáveis críticas a essa impregnada omissão do Poder Público em face do sistema penitenciário nacional, dentre as quais podemos citar o posicionamento de Szklarowsky¹⁹¹, que destaca:

[...] Destarte, nem o Estado nem a sociedade podem fechar os olhos diante da miséria e do descalabro. Sua omissão é também criminosa. As prisões devem, sem dúvida, constituir-se em lugares decentes, em nada semelhantes às masmorras de outrora, descritas pelo Marquês de Beccaria, com seriedade e revolta. Contudo, não podem confundir-se com casas de campo ou de repouso. O trabalho, a disciplina rígida e a educação são fundamentais à redenção do prisioneiro.

Então, que ações deveria tomar o Estado diante dessa situação? Alguns críticos atribuem o problema à falta de investimento estatal em infra-estrutura penitenciária ocasionada pela baixa disponibilidade de dinheiro nos cofres públicos. Outros, porém, descartam definitivamente essa hipótese, baseando-se no fato de que o Brasil vem aumentando ano a ano a arrecadação de tributos, e imputam a razão do problema ao tradicional descaso dos administradores públicos, não somente em relação à infra-estrutura física, mas também com a intelectual e social, como a saúde e a segurança pública dentre outros. Há, ainda, quem aponte como responsável a generalizada corrupção que impregnou-se nos mais diversos escalões da sociedade política brasileira, exaurindo recursos que deveriam ser investidos em obras sociais e de bem-estar da população, incluindo-se aí, o investimento em infra-estrutura penitenciária e reeducacional para os condenados, tal como a construção de presídios, colônias penais e casas de albergado, cujas

¹⁹¹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **A vida humana e a violência incontida**. Consulex, Brasília, n. 176, 15 de maio de 2004, p. 43.

condições parecem ser a única saída para solucionar, talvez não todos, porém muitos problemas, gerando, assim, condições para que as normas legislativas e constitucionais sejam efetivamente cumpridas e seus efeitos alcançados.

Em suma, é necessário que o Estado cumpra e faça cumprir as leis e a Constituição, pois as mesmas já prevêm as devidas ações que, por si próprias, solucionariam ou, pelo menos, minimizariam grande parte do problema.

CONCLUSÃO

Desde os tempos mais remotos, a função do direito penal e a aplicação da pena foram discutidas pelos penalistas e pela sociedade. Inicialmente a pena possuía um caráter de simples vingança e posteriormente a encarada como um modo de expiação de pecados. Antes executada com bastante crueldade, numa época em que se objetivava causar o máximo de dor ao condenado, a pena passou por um período reformador iniciado com o iluminismo, a partir das idéias de Cesare Beccaria, momento em que a liberdade passou a ser o bem jurídico afetado na penalização das condutas criminalizadas e a prisão surgiu finalmente com o caráter de sanção.

Hodiernamente estamos vivendo o chamado “período humanitário” ou de “humanização” da pena. Porém, não se pode ignorar que a pena ainda cumpre uma função de castigo, pois para o condenado o conteúdo da prisão será uma retribuição, mesmo que ele venha a ter à sua disposição medidas caracterizadas como “ressocializadoras”, a exemplo da possibilidade de estudar dentro do cárcere. Não obstante, enfatize-se que a ressocialização não pode ser avocada como única finalidade da pena, principalmente em face das inúmeras implicações éticas que teria a sua execução como forma de impor um padrão de comportamento. Além disso, há a seu desfavor a já tão afamada inviabilidade prática de se adotar medidas de ressocialização mediante o encarceramento, em especial no sistema penitenciário brasileiro.

A pena de prisão, porém, após ter se tornado a principal medida punitiva do direito penal, revelou-se problemática, existindo um verdadeiro consenso sobre sua crise. Em torno desse contexto, sobressai-se a discussão sobre o sistema progressivo adotado no Brasil e a inércia, para não dizer descaso, do Poder Público em prover a infra-estrutura necessária para sua eficaz aplicação. Como resultado dessa desatenção estatal, encontramos hoje prisões superlotadas onde subsiste a mais completa promiscuidade moral, tornando-se nada mais que meros depósitos de delinquentes que tornaram-se um fardo pesado de mais para a sociedade, jogando

por terra qualquer possibilidade de recuperação ou de ressocialização, que é, em tese, o objetivo máxime da sanção penal.

Por fim, em decorrência desse descaso estatal para com o sistema penitenciário, surge a discussão deveras polêmica acerca do regime aberto domiciliar, que deveria ser aplicado, via de regra, apenas em consonância com hipóteses taxativamente previstas no artigo 117 da LEP, e que por falta de casas de albergado ou estabelecimentos similares estão sendo concedidos, na grande maioria das comarcas do Estado e do País, a todos os sentenciados do regime aberto, pouco importando a periculosidade do preso ou o crime por ele praticado.

A existência desse problema divide os doutrinadores e julgadores em duas correntes: uma parte da doutrina e dos tribunais, dentre os quais o STF, entende que a inexistência de estabelecimentos adequados para a execução da pena no regime aberto não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar em desacordo com as hipóteses previstas na Lei de Execução Penal. Outra corrente, porém, entende que o direito subjetivo do condenado não pode ser suprimido face à falta de investimento estatal em estabelecimentos adequados para o cumprimento de sua pena. A favor dessa última corrente posiciona-se o STJ.

Urge, porém, que o Estado assuma seu compromisso de prover segurança à sociedade, que não pode ficar largada à própria sorte, à mercê da criminalidade que grassa em todos os rincões do Brasil, extirpando suas riquezas, roubando sua paz e tirando a vida de milhares de cidadãos pais de família, bem como chafurdando a imagem do País aos olhos da comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. v. 1. 19 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUNKES, Maria Bernadete; SANTOS, Maria Lindomar dos. **Trabalhos acadêmicos: a facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura : D'press, 2007.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal: parte geral**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Prisão Albergue**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v. 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA NETTO, José. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Edijur, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. **Jurisprudências**. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/cj/jsp/lista-acordaos.jsp?pat=50&rpp=50>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 5 ed. revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. **O livramento condicional e o Conselho Penitenciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5161>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

SILVA, Jorge Vicente. **Execução penal**. Curitiba: Juruá, 1997.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **A vida humana e a violência incontida**. Consulex, Brasília, n. 176, 15 de maio de 2004.

TÁVORA, Nestor; SAMPAIO, Alex. **Livramento condicional**: um estudo aprofundado. In CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.